D. Johann Friedrich Hertels
JCti Celeberrimi
Politischer
Nach-Tisch
derer
Thee- und Coffee-Tasses,
Oder
Juristische Streit-Fragen
von denen
Remediis Possessoriis und Petitoriis
derer
Erbschaffts-Sachen.

JENA,
verlegts Georg Michael Marggraf,
1743.

Geneigter Leser!

Es wäre zwar nicht nöthig, vor diesen so betitulten politischen Nachtisch der Thee- und Coffé-Tasses eine Vorrede zu setzen: Man könte sich auf die Präfation des Verfassers, welche er der politischen Thee- und Coffee-Tassen vorgesetzet, füglich beruffen. Dort steht die gantze Absicht des Wercks, die Ursachen des nach der Lüsternheit der heutigen delicaten Welt eingerichteten Tituls, und des zur Zierde vorangesetzten Kupferstichs, welchen der seel. Herr Auctor selbst entworffen. Ja es wird Dir, Geneigter Leser, daselbst

alles eingeschencket, wovon nur Dein Geschmack bey dieser Sache einige Empfindung haben soll. Jedennoch aber, damit Dir bey diesem Nachtisch nicht ohne alle Zubereitung aufgetragen werde, so hat man nur etwas zu Deinem Unterricht hieher setzen wollen.

Es ist zwar aus denen öffentlichen Nachrichten bekannt, daß der hochberühmte und in langer Erfahrung geübte Herr Prof. Hertel, aus dessen gelehrten Feder beyde Tractate geflossen, bereits in jene Ewigkeit eingegangen; allein ehe noch dessen seeliger Abschied aus dieser Welt erfolget, war die politische Thee- und Coffe-Tasse schon abgedrucket, und das völlige mit eigener Hand geschriebene und revidirte Exemplar dieses Nachtisches in die Buchdruckerey gelieffert. Damit solches auch nach seinem Ende correct möge in Deine Hände kommen, hat er solches der Besor-

sorgung eines ebenfalls gelehrten und erfahrnen Juristen anvertrauet, welcher denn, wie der Augenschein ausweiset, auch keinen Fleiß ersparet, daß solches Werck Dir ohne Fehler möge in die Hände geliefert werden. Ueberdieses hat gedachter gelehrt- und berühmter Mann eine aufrichtige Lebens-Beschreibung des Ruhm-vollen alten Herrn Verfassers entworffen und ein genaues Verzeichniß seiner bereits heraus gegebenen und noch zum Druck fertig liegenden Schrifften beygefüget, welches Dir, Werther Leser, hiemit zu geneigter Aufnahme mitgetheilet wird:

Der berühmte Rechts-Gelehrte, Herr Johann Friedrich Hertel, war zu Jena, als ein Zwillings-Kind, woselbst sein Vater Jacob Hertel, Kauffmann und Raths-Verwandter gewesen, Anno 1667. den 16. Dec. gebohren. Weil sein Vater einen sehr aufgeweckten Geist und fähiges Ingenium bey ihm spürte, so wurde er bey Zeiten zur Schule und zu Legung eines guten Grundes seiner künftigen Studien angehalten. Allein da er als ein junger Schüler eine schwere Kranckheit ausstehen muste, so, daß man an seiner Genesung zweiffelte, so hätte sein Vater bey wiedererlangter Gesundheit bey nahe die Entschliessung gefasset, ihn vom Studiren abzuhalten, aber theils die guten Profectus, so er schon in seiner Jugend gezeiget, theils sein unveränderlicher Vorsatz, veranlaßten denselben, seine Bewilligung zum Studiren ihm von neuen zu ertheilen, und ihn zu besserer Excolirung seiner Studien auf eine höhere Schule zu schicken. In dieser Absicht wurde das Zittauische Gymnasium in der Laußnitz erwehlet, wohin er sich den 14.

Julii

Julii 1685. begeben, daselbst kam er sogleich in die oberste Classe, und ließ allenthalben Merckmahle einer besondern Fähigkeit, und eines unermüdeten Fleisses in Sprachen und freyen Künsten an sich blicken, seine Lehrer sind gewesen, Mag. Christian Weise, und Mag. Mirus. In diesem Zittau hat er drey Jahre zugebracht, und wegen Entfernung seiner geliebten Eltern sich zuweilen mühsam hinbringen müssen, deswegen er abermals in eine harte Kranckheit verfallen. Unter andern Wissenschafften hat er sich daselbst insbesondere in der teutschen und lateinischen Dicht-Kunst, wie auch in der Oratorie geübet, und verschiedene öffentliche Reden mit vollkommenen Beyfall gehalten. Nunmehro war es Zeit Zittau zu verlassen, und wieder nach Jena zu gehen, um allda das ihm erwehlte Studium juridicum anzufangen und fleißig fortzusetzen. Seine Rückkunfft nach seiner Vater-Stadt erfolgte im Jahr 1688. den 30. Junii, da er denn unter dem Pro-Rectorat Peter Müllers in die gelehrte Bürgerschafft aufgenommen wurde, da öffnete sich ein wei-

tes Feld für den Fleiß eines so Lehrbegierigen Schülers guter Wissenschafften. Wie er nun auf eine gründliche Gelehrsamkeit bedacht war, so trieb er die Weltweisheit mit dem grösten Eifer, und gieng fast keinen einzigen von den damaligen Professoren derselbigen vorbey, dessen Lehren ihn zu seinem Hauptwerck einiger massen geschickt machen konten, und waren solche der berühmte HEBENSTREIT, SCHMIDIUS, SLEVOGT, SAGITTARIUS und BECHMANNN. Seine Anführer in der Rechts-Gelehrsamkeit waren die brave und rechtschaffene Männer, Schröter, D. Hartung, Peter Müller, Brückner, Wildvogel, Slevogt, Friese, und endlich der Geheimde Rath und nachmalige Reichs-Hofrath Baron von Lyncker, welchem letztern er an dem grossen Werck der Juristischen Concordanz arbeiten halff, so aber nicht zu Stande kam. Dieses war ein Anfang in die schätzbare Gewogenheit des vortrefflichen Lynckers zu kommen, so, daß er nicht nur eine besondere Hülffe in seinen Studiis, sondern auch einen freyen Zutritt

in

in sein Cabinet und Bibliothec hatte, und bey allen vorfallenden Zweiffeln sich seines Raths erholen, auch den getreusten Unterricht hoffen konte. Eine sonderbare Würckung von dem Vertrauen dieses grossen Mannes war es, da er ihm den gantzen Commentarium Pandectarum auszuarbeiten übergab, und ihm auch viele Studenten, welchen er den ganzen Cursum juridicum nach den Principiis Lynkerianis privatissime lesen muste, recommendirte. Er zeigte auch öffentlich, daß er nicht nur in theoria, sondern auch in praxi gute Profectus acquiriret habe, welches aus seinen vielmaligen Opponiren und Ausführung derer von D. Beyer ihm aufgetragene Processe sich gnugsam zu Tage legte. Mitten in dem Lauff seines rühmlichen Fleisses, wurden ihme seine Eltern durch den Tod entzogen, daher er gezwungen wurde, seine eigene Oeconomie aufzurichten, bey solchen häußlichen Umständen aber eine getreue Gehülfin unentbehrlich war, so faßte er eine eheliche Zuneigung zu Jungfer Annen Reginen Vulpiin, des Joh. Heinrich Vulpii berühmten

Jure-Consulti ältesten Jungfer Tochter, welche Vermählung 1701. den 6. Octobr. durch priesterliche Bestättigung vollzogen wurde. Kurtz vor dieser Vollziehung nahm er die Würde eines Doctoris an, und hielte seine Inaugural-Disputation unter dem Vorsitz des Hofrath Slevogts, de præcognitis Juris. Bey Haltung dieser Disputation bestunde er so wohl, daß ihm von dem Præside selbst der Ruhm beygeleget wurde, er hätte keinen Præsidem nöthig gehabt. Weil er nun nicht nur in der gantzen Stadt, sondern auch bey Auswärtigen in grossen Ansehen stunde, so erhielt er auch eine Ehren-Stelle nach der andern. Im Jahr 1703. wurde er in die Zahl der Hochfürstl. Sächsischen Weimarischen Hof- und Regierungs-Advocaten aufgenommen. Anno 1706. zu einem ordentlichen Advocaten des Hochlöblichen Gemeinschafftlichen Hof-Gerichts allhier bestellet. Hiebey verblieb es nicht, massen ihm 1727. von denen Durchlauchtigsten Hertzogen zu Sachsen Ernestinischer Linie die Professio Iuris extraordinaria gnädigst conferiret wurde.

Anno 1732. ist er zum Professore Iuris Ordinario ernennet, und ihme nach geschehener Installation ein Sitz und Votum in dem Schöppen-Stuhl, in der Juristen-Facultät und Hof-Gericht angewiesen worden. Anno 1735. erlangte er die höchste Academische Würde, welche er mit besonderm Ruhm geführet. Anno 1736. wurde er Codicis & Novellarum Professor publicus Ordinarius und Senior aller Rechts-Collegiorum. Er starb den 12. Jan. 1743. hat sein Alter gebracht auf 76. Jahr 3. Wochen und 5. Tage. Ein unverwerfliches Zeugniß von seinem Ruhmwürdigen Fleisse sind dessen edirte Schrifften, als:

1.) Dissert. inaug. de Praecognitis Juris, 1701.
2.) Dissert. de Rebus judicialibus, 1705.
3.) Pyxis nautica per immens. Juris Pelagum, seu Manuductio brevis ad stud. Jurisprud. instituend. 1711. 8.
4.) Meditat. accessor. ad B. Strykii Exam. Jur. feud. 1713. 12. cum append. der Widerschall auf die unrichtige Gedancken eines Adversarii.
3.) Meditat. accessor. sive Annotat. succinctæ

cinctæ ad Hoppii Exam. Instit. Imper. 1715. 12.

6.) Institut. Imper. Praxis forens. oder Practicalischer Hand-Griff der Kayserl. Rechts-Lehre, 1718. 4.

7.) Medit. access. ad B. Strykii introd. ad Prax. forens. cum remiss. ad Practicos celeber. huius ævi, Lynker, Berger, Menken, VVerner, Rivin. Ludovici &c. 1721. 4.

8.) Sciagraphia Jurisprud. Struvian. 1726.

9.) Progr. de optima disting. ac docendi ratione per dichotomias, 1727.

10.) Diatribe de vario Jure mixta miscellanea exhibens, 1731.

11.) Progr. de Rabulistica Cathedrali, 1731.

12.) Disp. de Constitutione seu forma Iudiciorum crimin. solenn. 1733.

13.) Disp. de poenitentia in contractibus innominatis hodie locum non inveniente, 1733. Aut. Bakhaus.

14.) Diss. de Privilegio Saxon. de non appellando ad Terras Misnicas, Thuring. & Francon. extendendo.

15.) de Prosopolepsia Advocatorum.

16.) Progr. de Responsis Prudentum.

17.) Dissert. de Jure studiosorum, 1735. Aut. Lentz.

18.) Progr.

18.) Progr. de Conjugio myſtico Principis & Populi.
19.) Diſſ. de Jure glandis legendæ, 1736.
20.) Progr. de Harmonia præſtabilita Juris & Juſtitiæ.
21.) Diſſ. de libertate mutandæ probationis in Proceſſu 1735. Aut. Spindler.
22.) Diſſert. de Genuino ſenſu L. 120. de V. S. 1736. Aut. Langguth.
23.) Diſp. de Primipilatu 1736. Aut. Gœkel.
24.) Diſp. de Alienatione fideicom. famil. 1737. Aut. Heidenreich.
25.) Progr. de Sacerdot. polit. rerum ſacr. 1736.
26.) Progr. de ſtudii legalis modo & more variante, 1736.
27.) 10000. Sphalmata & errores in Compendio Schützio Lauterbachii ſublati, 1735. 8.
28.) Progr. Imperator ſolus Pontifex & Epiſcopus, 1737.
29.) Diſſ. de Juramento teſtium præpoſtero, 1737.
30.) Progr. de Juris Rom. ſubtilitatibus non ridendis, 1738.
31.) Progr. de rebus mere facultatis ſtili ſatyrici, 1739.

32.) Progr.

32.) Progr. de Mercatura litteraria & Iustitiaria, 1739.

33.) Diss. de Jure molentini pneumat. 1739. Aut. Storch.

34.) Diss. de Tutore alienæ Jurisdictionis 1739. Aul. Fürbringer.

35.) Progr. de utriusque Juris publici Doctoribus, 1739.

36.) Progr. de Analog. Jur. German. 1741.

37.) Progr. de libera eruditor. vita, 1742.

38.) Progr. de Commissario Principalem præsentante, 1740.

39.) Progr. de Nunciis Juris & Justitiæ.

40.) Progr. Phryges sero sapientes,

41.) - - de Fabris fortunæ.

42.) Diss. ad Leges Voconiam & Falcidiam, 1742. Aut. Schmidt.

43.) Diss. de Probatione ingratitudinis in benefactores.

44.) Juristische Streit-Fragen über Kauff- und Verkauffungs-Contracten, 1739. 8.

45.) Juristische Streit-Fragen von letzten Willens Verordnungen und Erbschafften, 1743. Mit diesen hat der Autor sein Leben beschlossen, als er zum Valet noch das Kupfer vor diesem Werckgen hatte ausgesonnen.

Hier-

Hierauf folget nun auch das Verzeichniß dererjenigen Bücher und Tractate, welche der seelige Herr Doctor und Professor Hertel noch bey seinem Leben selbst revidiret hat, und also zum Druck bey denen Erben fertig liegen.

1.) Meditationes accessoriae siue *Commentarius ad Compendium Juris Schützio-Lauterbachianum*, juxta harmoniam Struvio-Lynckerianam, cum reflexione ad celebriores JCtos Practicos nostri temporis, *Strykium*, *Bergerum*, *Wernherum*, *Leyserum*, &c. Pars. I. et II.

2.) *Praxis universalis Juridica*, oder gründliche Einleitung zur allgemeinen Rechts-Practica, zu Excolirung des Juris Civilis, Feudalis, Ecclesiastici, Publici, Militaris, im Stylo Curiæ bey allerley weltlichen Aemtern und Diensten.

3.) Kurtze und gründliche Einleitung zum üblichen Kriegs-Recht, aus denen bewährtesten Auctoribus zusammen getragen, und nach Art der Institutionum Juris eingerichtet.

4.) Continuirter Practicalischer Handgriff *Institutionum Juris Justinianei* ad lib. I. & II.

5.) Me-

5.) *Meditationes* accessoriae ad *G. G. Titii Juris priuati Romano-Germanici Libros XII.*

6.) *Delineatio synoptica compendii juris Schüzio-Lauterbachiani* per tabulas dichotomicas.

7.) *Nexus Erotematum Juris Canonici* Desseliani.

8.) *Struvius in Nucleo* concatenatus sive *Nexus Jurisprudentiæ Romano-Germanicæ forensis.*

9.) Delineatio Juris Feudalis seu *connexio dichotomica quæstionum examinis Strykiani.*

10.) *Observationes Forenses*, quibus continentur: I.) Dicasteriorum plerorumque Germaniæ Curialia. II.) Notabilia variationum processualium quorundam judiciorum subalternorum Germaniae. III.) Mandatorum typis publicis expressorum, **gedruckter Vollmachten**, exempla. IV.) Juramentorum Formulæ diversarum specierum. V.) Catalogus Advocatorum in variis Judiciis celebratorum.

11.) Manuductio elementaris ad Praxin forensem siue supplementa Libri IV.

Juris-

Jurisprudentiae forensis STRUVIANÆ, ex probatissimis Doctoribus Practicis moderni temporis, *Strykio*, *Bergero*, *Wernhero*, *Leysero*, et subjuncta Declaratione exoterica Principiorum processus judiciarii a celeberrimo *M. H. Gribnero* nervose traditorum &c.

12.) *Consilia* et *Responsa* in diversis Facti Speciebus.

13.) *Sententiæ* oder Urtheile und Rechts-Sprüche cum *Rationibus Dubitandi et Decidendi*, nach Beschaffenheit derer in hiesige Dicasteria Jenensia eingeschickten Gerichts-Acten rc.

Und dieses war es, wovon dich in dieser Vorrede benachrichtigen und sich in deine aufrichtige Liebe und Gewogenheit hat empfehlen sollen Jena den 12. May.

Der Verleger.

Zweyter Auftrag
Derer Gouts aus denen vernünfftigen Thee- und Coffé-Tasses, auf das Juristische Nach-Tischlein.

I. Gout. Ob das Interdictum Quorum Bonorum noch heut zu Tage einigen Nutzen habe?

II. G. Ob das Interdictum bonorum nicht eine Actio realis sey?

III. G. Ob das Interdictum Quorum bonorum auch einem Testaments-Erben gegeben werde?

IV. G. Ob das Interdictum Quorum bonorum auch wider die Erb-Schuldner statt habe?

V. G. Ob das Interdictum Quorum bonorum de rebus incorporalibus, Gerecht- oder Dienstbarkeiten, statt habe?

VI. G. Wie lang das remedium Quorum bonorum daure, oder wenn es verjähret werde?

VII. G. Ob das remedium Legis fin. C. de Edict. D. Hadr. toll. auch denen Fideicommiss-Erben gegeben werde?

VIII. G. Ob nicht auch das beneficium Legis fin. C. de Edict. D. Hadr. toll. auf die Codicille extendiret werde?

IX. G. Ob das remedium Legis fin. C. de Edict. D. Hadrian. toll. einem Legatario gegeben werde?

X. G. Ob das remedium Quod Legatorum nur statt habe, wenn es dem Erben an der Falcidia fehlet, oder auch in andern Fällen?

XI. G. Ob das Interdictum Quod Legatorum auch wider einen Fideicommissarium universalem statt habe?

XII.

XII. G. Ob das remedium Quod Legatorum auch wider einen Donatarium mortis causa verstattet werde?

XIII. G. Ob Lex 7. C. unde vi und Lex 13. ff. quod met. caus. noch heut zu Tage statt habe, und wenn der Legatarius seines Legati verlustig wird, wenn er es aus des Erben besessener Erbschafft eigenmächtig hinweg hohlet?

XIV. G. Ob die Querela inofficiosi testamenti eine Actio proprie dicta sey?

XV. G. Ob noch heut zu Tage bey der Querela inofficiosi testamenti der Color oder Prætext vorzukehren sey, ob wäre der Testirer nicht recht bey Sinnen gewesen?

XVI. G. Ob Jure Novellarum der Unterschied, daß der Vater ausdrücklich enterben muß, der Mutter und Geschwister Ubergehung aber vor eine stillschweigende Enterbung gehalten werde, nicht aufgehoben sey?

XVII. G. Ob das Testament ipso jure nichtig sey, oder erst durch Querel müsse rescindiret werden, wenn die Ursach nicht gemeldet, oder an sich nicht gerecht und hinlänglich ist?

XVIII. G. Ob auch andere Ursachen der Enterbung zuläßig, als welche in der Novella 115 c. 3. sq. erzehlt werden?

XIX. G. Ob das auch eine rechtmäßige Ursach der Enterbung sey, wenn der Sohn vor des Vaters Schulden nicht gut sagen will?

XX. G. Ob die Querela inofficiosi testamenti a in Line recta nach der Novella 115. noch ihren applicablen Nutzen und Gebrauch habe?

XXI. G. Ob die emancipirten Kinder so wohl als die Hauß-Kinder Querelam inofficiosi nun so gleich anstellen können?

XXII. G. Ob ein enterbeter Posthumus nöthig habe, per Querelam inofficiosi der Eltern ihr pflichtloses Testament umzustossen?

XXIII. G. Ob ein Unächtes oder Hur-Kind das väterliche

terliche Testament per Querelam inofficiosi anfechten könne?

XXIV. G. Ob es denen Geschwistern etwas helffe, wenn die Eltern eines Kindes Pflichtloses Testament aus dem Wege geräumet haben?

XXV. G. Wer derer Geschwistere Antheil bekommet, wenn diese nicht mit erben?

XXVI. G. Ob es dem Halbgeschwister von der Mutter, oder Geschwister-Kindern auch was helffe, wenn der vollbürtige oder väterlicher Linie Bruder oder Schwester das Testament umstösset?

XXVII. G. Ob ein unehrlicher Bruder oder Schwester wieder einen andern unehrlichen Erben die Querelam inofficiosi moviren könne?

XXVIII. G. Ob das Successorium Edictum auch bey der Querela inofficiosi testamenti statt habe?

XXIX. G. Ob des rechtmäßig Enterbeten sein Antheil beym eingesetzten Erben verbleibe, oder denen andern Querulanten accrescire?

XXX. G. Ob ein Soldaten-Testament durch die Querelam inofficiosi testamenti könne angefochten und umgestossen werden?

XXXI. G. Ob dergleichen Befreyung von der Querel auch ein Testament über das Peculium Quasi-Castrense zu geniessen habe?

XXXII. G. Ob bey der Rescission eines brüderlichen Testaments die Capitula accessoria auch erhalten werden, oder der gantze Plunder übern hauffen falle?

XXXIII. G. Ob nach dem Recht der Novellen nur in dem Fall, wenn durch die Querelam inofficiosi das Testament rescindiret wird, die blosse Erbeinsetzung hinfället, und die andern Capitula in salvo bleiben?

XXXIV.

XXXIV. G. Ob die Exceptio inofficiosi testamenti auch in fünff Jahren præscribiret und verjähret werde?

XXXV. G. Ob die Legitima oder das Pflichttheil, Juris Naturalis oder Juris Civilis sey?

XXXVI. G. Ob das Pflichttheil Pars Hereditatis, ein Stück der Erbschafft, oder Pars Bonorum, ein Stück der Güther (noch Abzug der Schulden,) sey?

XXXVII. G. Ob auch die Kindes-Kinder ein Pflichttheil prætendiren können?

XXXVIII. G. Ob das Pflichttheil auch in der auffsteigenden Linie erhöhet sey?

XXXIX. G. Ob sich ein Casus ereignen kan, da in der auffsteigenden Linie das Pflichttheil bis auf die Helffte steigen würde?

XL. G. Ob auch der Geschwister ihr Pflichttheil durch die Novell. 18. c. 1. vermehret und erhöhet worden?

XLI. G. Ob der rechtmäßig Enterbete auch mit unter die Zahl zu rechnen, deren Pflichttheil vermehret wird?

XLII. G. Ob der Eheleute Statutarische Portion, wie andere Schulden, von der Massa abzuziehen, ehe man die Legitimam ausgerechnet?

XLIII. G. Ob die Prælegata die Voraus-Vermächtnisse, auch mit zum Pflichttheile geschlagen werden?

XLIV. G. Ob das Pflichttheil nur durch diejenigen Remedia eingeklaget wird, welche zu Erlangung der Erbschafft geordnet sind?

XLV. G. Ob die Actio suppletoria auch das Jus tacitæ hypothecæ mit sich führe, wie die Actio ex testamento?

XLVI G. Ob die Actiones pro petenda Legitima auf die Erben transmittiret werden, wenn sie gleich nicht vom Antecessore præpariret sind?

XLVII.

XLVII. G. Ob eine Donatio inofficiosa gantz oder nur zum theil rescindiret werde?

XLVIII. G. Ob füglich könne gesaget werden, daß die Erbschafft eine Person repræsentire?

XLIX. G. Ob das Erbrecht ein absonderliches Recht, oder nur ein zusammen gerappeter Wisch von des verstorbenen hinterlassenen Rechten sey?

L. G. Ob die Hereditatis Petition eine actio simplex oder mixta sey?

LI. G. Ob der Possessor fictus sich eben malitiose zum Proceß müsse offeriret haben, wenn utilis Hereditatis petitio wider ihn statt finden soll?

LII. G. Ob es dem würcklichen Besitzer der Erbschafft nichts helffe, wenn der fingirte die æstimation hat bezahlen müssen?

LIII. G. Ob bey der Erbschaffts-Klage die Sachen eine Function vor einander annehmen und einander repræsentiren?

LIV. G. Ob ein successor singularis des anmaßlichen Erbbesitzers actione directa oder utili belanget werde?

LV. G. Ob mit der Erbschaffts-Klage auch die Servituten können vindiciret werden?

LVI. G. Ob ein Bonæ fidei possessor alle Früchte gut thun muß, wovon er zur Zeit des rechtskräfftigen Urthels sich bereichert findet?

LVII. G. Ob das, wovon der Besitzer reicher worden, durch die Erbschaffts-Klage, oder durch eine besondere Action einzutreiben sey?

LVIII. G. Ob ein bonæ fidei possessor auch denjenigen Schaden ersetzen müsse, welcher sich durch seine Unachtsamkeit ereignet hat, ehe er in Anspruch genommen worden?

LIX.

LIX. G. Ob ein bonæ fidei Besitzer die aufgewendeten Unkosten wieder fordern kan, wenn gleich die Sache nicht mehr vorhanden ist?

LX. G. Ob ein malæ fidei possessor den Aufwandt zur Ergötzlichkeit hinweg nehmen dürffe?

LXI. G. Wer den Todt eines abwesenden Erblassers erweisen müsse, und wenn er zu præsumiren sey?

LXII. G. Ob ein ieder Anverwandter zur Verwaltung seines abwesenden Vetters zuzulassen sey, wenn er gleich sonst zu keiner Curatel geschickt ist?

LXIII. G. Ob der nechste Anverwandte, welcher einmahl zu des Abwesenden Curatel bestätiget ist, einen andern in gleichen Grad, auch mit darzu annehmen müsse, wenn er sich über lang oder kurtz meldet?

LXIV. G. Ob das Juramentum in litem statt habe, wenn der ausgeklagte Besitzer aus Trotz und Boßheit die Erbschafft nicht heraus geben will?

LXV. G. Ob die Kinder die väterliche Erbschafft binnen 90. oder 120. Jahren in Anspruch nehmen können?

LXVI. G. Wie viel ein Sohn zu seinem Erbantheil fordern könne, wenn der Vater nebst ihme eine schwangere Frau hinterlässet?

LXVII. G. Ob die Fideicommissarische Erbschaffts-Klage eine Actio Civilis sey, oder Prætoria?

LXVIII. G. Ob die Erbtheilungs-Klage eine actio mixta oder simplex sey?

LXIX. G. Ob diese Klage aus dem Erbrechte entstehe oder nicht?

LXX. G. Ob der Quasi-Contract dieser die Erbschaffts-

Com-

Communion an sich, oder nur deren Verwaltung sey?

LXXI. G. Ob ein Consensus præsumtus der Grund dieses Quasi-Contractus sey?

LXXII. G. Ob der Kläger allemahl sich durch die Hereditatis Petition ad causam legitimiren müsse?

LXXIII. G. Ob derjenige, so in der Compossess. sitzet, sein Erb-Recht beweisen muß?

LXXIV. G. Ob der Testator ordnen könne, daß sein Creditor von seinen Erben einen in solidum erwehlen möge, welchen er wolle?

LXXV. G. Ob durch die angestellte Erb-Theilungs-Klage der andere vor einen Mit-Erben erkant werde?

LXXVI. G. Ob eine Gerichtliche Erb-Vertheilung nicht könne umgestossen werden, wenn ein Mit-Erbe über die Helffte lædiret ist

LXXVII. G. Ob eine Erb-Vertheilung könne umgestossen werden, wenn eine Verkürtzung durchs Looß geschehen?

LXXVIII. G. Ob ein Erbe dem andern die Gewähr leisten müsse, wenn der Testator selber die Abtheilung gemachet hat?

LXXIX. G. Ob derjenige, welcher seine Erb-Portion verhandelt hat, den hernach accrescirenden Antheil behalten könne, oder seinem Abkäuffer abtreten müsse?

Præ-

Practicalischer Auftrag
des
politischen Nach-Tischleins
der
Thee- und Coffé-Tasses.

Oder:
Juristische Streit-Fragen
von
denen Remediis, Possessoriis und Petitoriis derer Erbschaffts-Sachen.

II.

Lib. XLIII. Tit. 2.

I. Gout.

Hat denn das Interdictum *Quorum bonorum* noch heut zu Tage einigen Nutzen?

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Warum solte es keinen Nutzen haben?

 wenn

wenn der Erbe bald in die Possess der Erbschaft will, so würde es viel Zeit erfordern, wenn er erst durch die ordentliche Petitorien-Klage der hereditatis petition sein Recht in einem weitläufftigen Processe erstreiten müste; da er im Gegentheil durch das remedium possessorium viel eher und leichter darzu gelangen kan. LAUTERBACH *colleg. ff. L.* 43. *t.* 2. §. 4. L. B. de LYNKER. *analect. ff. L.* 43. *t.* 2. *th.* 12. Dahero erinnert. STRYKIUS *in Us. Mod. ff. L.* 43. *t.* 2. §. 1. Hoc interdictum hodie admodum utile est, ut heres eo celeriùs possessionem hereditatis consequatur. Denn es werden keine Exceptiones altioris indaginis zugelassen, sondern alle in das Judicium ordinarium verwiesen, per *L.* 3. *C. Quor. bonor.* ID. *ibid.* Illustr. Dn. BOEHMER. *introd. in Jus Dig. h. t.* §. 2. MENCKEN. *theor. & prax. ff. d. t.* §. 1. *in fin.* Conf. SCHILTER. *prax. jur. Rom. exerc.* 47. §. 23. *sqq.* junct. *exerc.* 15. *th.* 67. PEREZ. *ad Cod. d. t. n.* 1. Die Chimere der continuirten possessionis *civilissimæ*, welche in Spanien, Franckreich, und nun auch in Teutschland, contra analogiam Juris Rom. Mode seyn soll, ist eine leere Hülse, wenn ein anderer die Körner der Erbschafft besitzet, und dann muß dennoch das Interdictum *Quorum bonorum* den rechten Dresch-Flegel agiren und die besten Dienste thun. vid. TITIUS. *observ. Lauterb.* 897. Add. omnino Dn. LEYSER. *medit. ad ff. specim.* 500.

med.

med. 1. *sqq.* Allwo erinnert wird, daß es auch einem heredi partiario gegeben wird, wenn sein Jus liquid, und die contradiction altioris indaginis ist. Und ob gleich auch ein Testaments-Erbe noch ein besser remedium executivum ex *L. fin. C. de Edict. D. Hadr. toll.* vor sich hat; so sind es doch nicht lauter Testaments-Erben; und wie denn, wenn es ein Testamentum nuncupativum ein ausgesprochen Testament ist?

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Was wolte es vor einen sonderlichen Nutzen haben? die Erben ab intestato succediren heut zu Tage ipso jure in die Possess und continuiren dieselbe, welches Possessio *civilissima*, genennet wird, vid. L. B. de LYNCKER *analect. L.* 41. *t.* 2. *pag.* 380. & *th.* 17. *pag.* 382. it. *P.* 1. *decis.* 57. STRUV. *exerc. ff.* 42. *th.* 17. LAUTERBACH. *colleg. ff. L.* 41. *t.* 2. §. 39. und also brauchet er kein remedium *adipiscendæ*, sondern kan sich des remedii *retinendæ* possessionis bedienen. Ist er ein Testaments-Erbe, so hat er noch ein besser remedium ex *L. fin. C. de edict. D. Hadr. tollend.* Vid. KRESS. *specim. jurisprud. civ. for. L.* 1. *t.* 15. §. 24.

II. Gout.

Ist denn das Interdictum *Quorum bonorum* nicht eine Actio realis?

a) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Nein, sie ist weder eine Actio *realis* denn sie entstehet nicht ex jure in re, und der Erbe bringet und deduciret sein Erb-Recht nicht principaliter in das Judicium, sondern handelt hauptsächlich nur von Erlangung der Possess; noch eine actio *personalis*, weil es aus keiner Obligation oder Jure ad rem entstehet; auch nur per implorationem officii judicis nobilis die Possess gesuchet und ertheilet wird. Ja es ist gar keine ordentliche Klage, sondern nur eine ausserordentliche Verfolgung der Possess, welche von dem Prætore verstattet ist. Vid. LAUTERBACH. *colleg. ff. L.* 43. *t.* 2. §. 3. L. B. de LYNCKER. *analect. ff. L.* 43. *t.* 2. *th.* 12. (14.) ad verb. *potius in rem.* Die Possess ist gar kein Jus rerum, welches eine Petitorien-Klage fundiren könte; und überdies hat ja der Erbe die Possess noch nicht, sondern will sie erst durch dieses Remedium erlangen.

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Es ist allerdinges eine actio in rem oder realis: denn sie ist ein Ebenbild von der Petitione hereditatis, welche unstreitig eine actio realis ist; warum denn nicht auch diese Possessorien-Klage, wenigstens analogice? Und wie kan man leugnen, daß die Possess kein Jus rerum sey; Schreibet denn nicht LAUTERBACHIUS *in Colleg. ff. L.* 1. *t.* 8. §. 3. selber hau-

hautement: *Ejus* (Juris in re) *species* numerantur quinque, ut sunt: (1.) Dominium, (2.) Jus hereditarium &c. (3.) (4.) (5.) *Possessio*, ut quis rei acquisitæ habeat commoda, *L.* 3. §. 13. *ff. de A. vel A. P. l.* 1. §. *f.* & *l.* 2. *ff. uti possidet. l.* 1. §. 1. *ff. de superfic.* & exinde oritur Interdictum. Und der berühmte STRVVIVS *in Jurisprud. for. L.* 2. *t.* 1. *aph.* 14. schreibet auch mehr als zu deutlich: Hinc tres sunt *species*: dominium latiùs dictum; jus pignoris; & *jus Possessionis*, *l.* 13. §. 1. *C. de judic.* und *d. L.* 2. *t.* 36. *aph.* 1. schreibet er abermal: restat exponenda ultima *species juris in re, jus* scil. *Possessionis*. In folgenden *Tit.* 37. *aph.* 4. referiret er das Interdictum *Quorum bonorum* ausdrücklich unter die actiones possessorias, und in *Exerc. ff.* 45. *th.* 14. expectoriret sich dieser weltberühmte JCtus noch umständlicher also: Est igitur *actio* ex causâ hujus interdicti potius *in rem*, quam in personam, quia ex nulla obligatione manat, sed ratione *juris in re*, & bonorum possessionis decretæ a Prætore competit, *dd. text.* & contra possessores datur, *L.* 1. *h.* Conf. *L.* 1. *verb. si nihil usucaptum. h. t.* cum *l. fin. de publ. in rem action.* Fluunt nimirum ex bonorum possessione seu hereditate prætoriâ duo remedia, alterum ipsam proprietatem concernens, vid. *tot. tit. de heredit. petit. prætor.* add. *l.* 3. §. 13. *ad exhib. l.* 9. *C. de judic.* alterum

 pos-

possessionem, quam ratione istius juris apprehendere fas est, & ea specialiter hoc interdicto restituitur, *l.* 1. *h.* So weit *b. Struvius*, welchen auch wider des *Lynckeri* refutation defendiret Peter MÜLLER: *not. ibid. lit. v.* TITIVS *Observ. Lauterb.* 1082. & *Jur. priv. Rom. Germ. L.* 7. *c.* 13. §. 2. *seq.*

III. Gout.

Wird denn das Interdictum *Quorum bonorum* auch einem Testaments-Erben gegeben?

a) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Warum denn nicht? worinnen wäre denn der Unterschied? der Prætor redet ja in *L.* 1. *pr. ff. quor. bonor.* generaliter, ibi: *quorum bonor. ex edicto meo illi possessio data est, &c. id illi restituas* Nun aber wird ja in Edicto auch bonorum possessio secundum tabulas gegeben: also muß ja auch einem solchen bonorum Possessori ex testamento sive secundum tabulas die Restitutio possessionis geschehen. Eben so generaliter redet der *Lex.* 1. *C. quor. bonor.* ibi: *si actor probet, se defuncti filium, & ad ejus hereditatem vel bonorum possessionem admissum esse &c.* Also kan auch hier kein Unterschied gemachet werden unter einem Erben ex testamento & ab intestato. Vid. LAVTERBACH. *colleg. ff. L.* 43. *t.* 2. *th.* 5. STRVV. *exerc. ff.* 45. *th.* 15. *ibique citt.* COCCEJ. *jur.*

jur. controv. L. 43. t. 2. Qu. 2. BERGER. *resol. Lauterbach. d. t. Qu. 2.*

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Der Testaments-Erbe hat das remedium possessorium *Quorum bonorum* nicht zu gebrauchen, sondern nur die Erben oder bonorum possessores ab intestato, per *L. 2. L. 3. C. quor. bonor.* woselbst die Kayser gantz deutlich und ausdrücklich einen Erben *ab intestato* præsupponiren, wovon auch *Lex* 1. *C. eod.* zu verstehen, und juxta *citt. LL.* 2. & 3. zu interpretiren und restringiren ist. Und worzu hätte es denn des andern remedii ex *L. fin. C. de Edict. D. Hadrian. tollend.* bedurfft? wenn sich der Testaments-Erbe durch das remedium Quorum bonorum hätte helffen können, warum hätten die Entia, die Titul und Leges in Codice præter necessitatem sollen multipliciret werden? Vid. FRIDERUS cognomento MINDANUS *tr. de interdict. comm.* 16. *n.* 29.

IV. Gout.

Hat denn das Interdictum *Quorum bonorum* auch wider die Erb-Schuldner statt?

a) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Wie will es wider dieselben statt haben? Ein Debitor hereditarius besitzet ja weder eine Sache, noch ein Recht aus der Erbschafft, deren Possess der Erbe oder Bonorum

 pos-

possessor in Anspruch nehmen könte; und überhaupt kömmt einem pro personalibus dieses Interdictum nicht zu statten, vid. MENOCH. *de remed. retin.* 1. *qu.* 17. HAHN. *ad Wes. tit. quor. bonor. n.* 7. *in fin.* Dahero negiret ULPIANUS in *L.* 2. *ff. d. t.* schlechterdinges, daß wider einen Debitorem hereditarium dieses Interdictum nicht statt habe; und diesem folgen auch STRUV. *exerc. ff.* 45. *th.* 16. *in fin.* LAUTERBACH. *colleg. ff. L.* 43. *t.* 2. §. 7. Conf. HUNN. *ad Treutler. V.* 2. *D.* 25. *qu.* 17. BRUNNEM. *ad L.* 2. *ff. quor. bonor. n.* 1. *& ad L.* 2. *C. eod. n.* 8. *seq.* WESENBEC. *paratitl. ff. tit. quor. bonor. n.* 7. *in fin.*

b.) Aus der Coffé - Tasse.

Resp. Ihr lieben Leuthe! was wollet ihr euch an den *Ulpianum* binden? dieser redet nach dem Jure stricto, und verstehet das Interdictum *directum* in seinem *Lege* 2. *ff. quor. bonor.* dadurch aber wird das Interdictum *utile* nicht abgeschnitten. Ist denn nicht dieses Interdictum eine Art von der hereditatis petition? wie nun diese *directò* wider die Debitores hereditarios kan angestellet werden, per *L.* 13. §. *f. ff. de hered. petit.* also ist nicht zu ermessen, warum nicht das Interdictum quorum bonorum *utiliter* wider dergleichen Erbschuldner solte statt finden können? dieses Interdictum verfolget ja auch quoad incorporalia alles Recht

der

der Güther und Erbschafft, und hat quoad res incorporales wenigstens das utile interdictum statt, *L. 3. pr. l. 12. de A. vel A. P. junct. l. 8. §. fin. si serv. vind.* STRVV. *exerc. 45. th. 17.* LAVTERBACH. *colleg. ff. L. 43. t. 2. §. 8.* Es gehet ja dieses Interdictum zu gleichen Schritten mit der hereditatis petition und mit dem remedio *Legis fin. C de ed. D. Hadr. toll.* Und ob gleich der verstorbene Erblasser nicht in der Possess der schuldigen Sachen selber gewesen, so hat er doch die quasi Possess des Rechts die Schuld einzutreiben vor sich gehabt. Wie denn auch gesaget wird, daß wir diejenigen Sachen in unsern Bonis haben, worauf wir eine Exception oder Action haben. Diese Meynung hat Pet. FRIDERVS. mit dem Zunahmen MINDANVS *in tr. de interdict. in prolegom. tit. 16. n. 59. seq.*

V. Gout.

Wird denn das Interdictum *Quor. bonor.* de rebus incorporalibus, Gerechtigkeiten oder Sachen, die man nicht betasten kan, gegeben?

a) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Das directum remedium *Quor. bonor.* hat zwar nur in rebus corporalibus statt, und lässet sich bey denen incorporalibus nicht practiciren; das utile aber kan auch auf die res incorporales oder Jura appliciret werden,

zumahl wenn diese nicht personalia, sondern realia sind, als servitutes, jus venandi, piscandi, pascendi, annuæ pensiones, jura emphyteutica, feudalia, &c. Vid. HAHN. ad *Wes. tit. quor. bonor. n.* 8. STRUV. *d. th.* 17. *ibique* Pet. MÜLLER. *not.* LAUTERBACH. *d.* §. 8. TREUTLER. *V.* 2. *D.* 25. *th.* 1. *lit.* 1. MENCKEN. *theor. & prax. ff. tit. quor. bonor.* §. 2.

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Das möchte wohl angehen, wenn die Jura und res incorporales in consequentiam rerum corporalium gesuchet würden. Wenn es aber auf eine rem incorporalem separatim, hauptsächlich an und vor sich selber ankommen solte, so kan weder das directum, noch das utile interdictum *quor. bonor.* darzu gebrauchet werden. Solches behauptet wider den *Treutler* gar gründlich BACHOVIUS *d. V.* 2. *D.* 25. *th.* 1. *lit. J.* verb. *etiam jura incorporalia.* und unter denen neuern JCtis Dn. COCCEJUS. *jur. controv. L.* 43. *t.* 1. *Qu.* 3.

VI. Gout.

Wie lange dauret denn das Remedium *Quorum bonorum*; oder in welcher Zeit wird es verjähret?

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Dieses geben die Worte in *L.* 1. *pr. ff.*

ff. quor. bonor. Si nihil usucaptum esset. zu erkennen; woraus geschlossen wird, daß das Interdictum perpetuum sey, und das remedium so lange währe, als der Kläger mit der exceptione præscriptionis nicht kan abgewiesen werden. Da denn die meisten, nach dem Exempel der hereditatis petition 30. Jahre setzen, *arg. l. 3. C. de 30. vel 40. annor. præscript. l. 1. §. 1. C. de ann. exc. l. 35. pr. ff. de O. & A.* LAUTERBACH, *Colleg. ff. L. 43. t. 2.* §. 11. BARTHOL. *& alii ad d. l. 1. ff. h. t.* Angel. ARETIN. §. *Quadrupli. Instit. de act. n. 41.* BELLON. *cons. 35. n. 7.* MENOCH. *hoc rem. qu. 28.* & latius *qu. 13.* welches aber einige nur in dem Fall zulassen, wenn der Beklagte pro herede, vel pro possessore, vel titulo universali possediret; wer nur titulo singulari possediret, könne longi temporis præscriptione sich schützen, per *L. hereditatem C. in quib. caus. cess. long. temp. præscript.* vid. CACHERAN. *decis. 56. n. 5. seqq.* FRIDER. *de interdict. prolegom. tit. 16. n. 63. seq.* HARPRECHT. *ad* §. 3. *Inst. de interdict. n. 77.*

b,) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Wie? dreyßig Jahre solte dieses remedium possessorium dauren! das wäre eine feine Sache vor das Judicium possessorium. Nicht 10. oder 20. viel weniger 30. Jahre sind zur Verjährung dieses und des folgenden re-

medii ex *L. fin. C. de edict. D. Hadr. toll.* nöthig. Ein oder 2. Jahre wären ja genug zur Endigung dieser Possessorien Klage. Und derowegen krieget SCHÜZIUS in *Compendio Lauterbachiano* eine Reprimende von TITIO *observ. Lauterbach.* 1082. ibi: *Falsa est hæc assertio*, quemadmodum etiam altera, quæ mox sequitur. Conf. *Colleg. Jur. Arg. tit. quor. bonor. th.* 10. *n.* 7. OLDENDORP. *class.* 4. *act.* 1. *qu.* 8. FRIDER. *d. l. n.* 64. *in fin.*

VII. Gout.

Wird denn das Remedium *Legis fin. C. de Edict. D. Hadr. toll.* auch denen Fideicommiss-Erben gegeben?

a) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Das remedium *Legis ult. C. de Edict. D. Adr. toll.* kommet mit dem interdicto *quor. bonor.* gantz genau überein, Vid. LEYSER. *med. ad ff. specim.* 500. *med.* 5. *sq.* ubi ejus historia exponitur. Jure Rom. ist es nur summarium; in Teutschland aber wird es auch executive practiciret, ID. *d. l. med.* 7. *sq.* Die obstacula werden *ibid. med.* 9. *sqq.* erzehlet. Auf die diesmahlige Frage wird geantwortet: Ein Fideicommissarius universalis, Fideicommiss-Erbe, hat dieses remedium, wenn er ein richtiges Testament oder Codicill vorzeigen kan, *l.* 56. *ad SC. Trebell.* weil hier ein-

eintzig und allein auf den vigorem instrumenti und favorem derer letzten Willens-Verordnungen gesehen wird. Es muß aber das Fideicommiss ihme von dem Fiduciario mündlich abgetreten seyn, weil vor der Restitution er noch kein Recht in der Erb- und Verlassenschafft hat, *arg. l.* 37. & 63. *ad SC. Trebell.* wenn aber solche geschehen ist, alle Jura activa & passiva, vor und wider ihn, kommen und auf ihn übergehen, *d. l.* 63. MENOCH. *rem.* 4. *adip. poss. n.* 17. PEREGRIN. *de fideicomm. a.* 48. *n.* 5. Wenn ihm aber das Fideicommiss nicht nur mündlich, sondern realiter und würcklich abgetretten ist, so kan er sich dieses remedii nicht bedienen, als nur zu mehrerer Bestärckung oder Bestätigung seiner schon erlangten Possess, *arg. l.* 3. §. 13. *ff.* & *l.* 1. *C. de Carbon. edict.* PEREGRIN. *d. l. num.* 11. RICHTER *ad. d. l. fin. C. de ed. D. Hadr. toll. n.* 40. *seqq.* STRUV. *exerc.* 45. *th.* 20. *ibique* Pet. MÜLLER. *not. lit.* LAUTERBACH. *colleg. L.* 43. *t.* 2. §. 16. BRUNNEMAN. *ad d. L. fin. n.* 12. *sqq.* & STRYK. *Us. Mod. ff. tit. Quor. bonor.* §. 7.

b) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Ein Fideicommiss Erbe, zumal dem das Fideicommiss nur im Codicill beschieden ist, kan sich des remedii *legis fin. C. de edict.*

D.

D. Hadr. tollend. keinesweges anmassen. Denn welche ex codicillis succediren werden pro heredibus oder successoribus ab intestato geachtet, *L. conficiuntur. de jur. codicill.* die Erben ab intestato aber haben ja dieses remedium nicht, *arg. d. l. fin. verb. testamentum ostenderit.* RICHTER. *ad d. l. fin. n.* 107. Hiernächst thut angezogener Lex fin. beständig Meldung des Erben; der Fideicommissarius aber ist eigentlich kein Erbe, sondern wird dem Erben entgegen gesetzet, *tot. tit. ff. & Inst. de SC. Trebell.* So wird auch in der gantzen und langen oder weitläufftigen Abhandlung vom SCto Trebelliano des *Legis fin.* mit keinem Worte gedacht, daß sothanes Remedium dem Fideicommissario zu statten komme. Ferner sind diejenigen, welche sich dieses beneficii bedienen wollen, gehalten, ein Testament vorzuzeigen, *d. l. fin.* Wie kan denn der Codicillarische fideicommissarius solches vorzeigen? ein Codicill ist ja kein Testament. Endlich hat ja derjenige Fiduciarius, deme das Fideicommiss im Codicill auferleget ist, als ein successor ab intestato, das beneficium *d. l. fin.* selbst nicht zu geniessen; woraus folget, daß auch der Fideicommiss-Erbe nach der Restitution dasselbe nicht haben kan: dieweil niemand was mehrers an den andern bringen kan, als er selbst gehabt hat. Vid. omninò HUNNIUS *resolut. ad Treutler. Vol.* 2. *D.* 25. *th.* 1. *quaest.* 21. ubi *Menochium* dissentientem late refutat.

VIII.

VIII. Gout.

Wird denn nicht auch das beneficium *Legis fin. C. de Edict. D. Hadrian. toll.* auf die Codicille extendiret?

a) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Allerdinges: es ist ein favorabile jus, welches ob idenditatem rationis gar wohl mag extendiret werden. Es kan ja ein Codicill eben so deutlich, und ohne äusserlichen und augenscheinlichen Mangel seyn, wie ein Testament: darum kan und muß es ja auch einerley Würckung haben; und diese Meynung ist in Praxi beständig angenommen. Vid. RICHTER. *ad d. l. fin. C. de edict. D. Hadr. toll. n.* 149. STRUV. *exerc.* 45. *th.* 20. *ibique* Pet. MÜLLER. *not. lit. δ.* CARPZOV. *P.* 3. *c.* 5. *d.* 18. *n.* 3. & *L.* 6. *Resp.* 20. *n.* 5. MENOCH. *remed.* 4. *adip. possess. n.* 192. WESENBEC. *consil.* 81. *n.* 11. MENCKEN. *theor. & prax. ff. tit. quor. bonor.* §. 5. Hartm. PISTOR. *L.* 4. *qu.* 10. *n.* 3.

b) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Daß in succesſione ab intestato das remedium *Legis fin. C. de edict. D. Hadrian. tollend.* nicht statt habe, solches ist eine ausgemachte Sache, *arg. d. l. fin. verb. testamentum ostenderit.* RICHTER. *ad d. l. fin. n.* 107. STUCK. 1. *consil.* 9. *n.* 65. MEV. 2.

Dec.

Dec. 28. *JCC. Argent.* 1. *Conſ.* 73. *n.* 23. LYNCKER. *analect. ff. L.* 43. *t.* 2. *th.* 20. Iſt denn nun ein Codicill ein Teſtament? Iſt es kein Teſtament, ſo muß ja derjenige, z. E. ein *Fidei*commiſſ-Erbe, ſo darinnen bedacht iſt, ab inteſtato ſuccediren: ein ſolcher Succeſſor aber hat ja gedachtes beneficium nicht; Ergo iſt es kein Caſus dabilis, daß daſſelbe auf die Codicille könne extendiret werden. Denn es fehlet an dem Haupt-Requiſito, nehmlich an dem Teſtament. Vid. ANGELUS & SALYCET. *ad d. l. fin.* COCCEJUS *jur. controv. L.* 43. *t.* 2. STRYK. *de action. inveſtig. S.* 2. *m.* 3. §. 11.

IX. Gout.

Wird denn das remedium *Legis fin. C. de Edict. D. Hadr. toll.* einem Legatario gegeben?

a.) Aus der Thee-Taſſe.

Reſp. Wenn das Teſtament kein Vitium viſibile an ſich, noch der Erbe legitimam contradicendi cauſam vor ſich hat, ſo kan auch ein Legatarius dieſes remedium utiliter exerciren, FINCKELTHUS. *obſ.* 121. BRUNNEMANN. *ad L. fin. C. d. t. n.* 21. MARTINI *ad Ord. Proc. Sax. tit.* 39. §. 1. *n.* 72. CARPZOV. *P.* 3. *c.* 13. *d.* 35. *n.* 6. *ſeq.* L. B. de LYNCKER *analect. ff. L.* 32. *t.* 1. *th.* 22.

in

in fin. pag. 329. FRANZK. *exerc. 7. qu.* 2. *n.* 6. MYNSINGER *cent.* 5. *Obs.* 61.

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp Ein Legatarius hat allezeit den Erben zum Contradictore, wenn es zur Klage kömmet; wo aber ein legitimus contradictor ist, da kan man mit dem remedio *Legis fin. C. de ed D Hadr. toll.* schwerlich zu rechte kommen. Vid. WERNHER. *P.* 9. *observ.* 78. Also wollen es dem Legatario nicht zugestehen MEVIUS *P.* I. *Dec.* 97. LYNCKER. *analect. ff. L.* 43. *t.* 2. *th.* 20 & *ad Instit. L.* 2. *t.* 20. §. I. *n.* II. STRYK. *us. mod. ff. tit. quor. bonor.* §. 7.

II.

Lib. XLIII. Tit. 3.

Quod Legatorum.

X. Gout.

Hat denn dieses Remedium *Quod Legatorum* nur statt, wenn es dem Erben an der Falcidia fehlet, oder auch in andern Fällen?

a) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Obgleich die vornehmste Bewegungs-

Ursache dieses eingeführten Interdicti gewesen, damit der Erbe desto leichter zu seiner Quarta Falcidia gelangen möchte; so ist doch dieses nicht die eintzige Motive, sondern auch in andern Fällen, da dem Erben daran gelegen ist, die völlige Erbschafft in seiner Possess zu haben, kan er wider die selbst-anmaßlichen Legatarios dieses remedium adipiscendæ possessionis anstellen und exerciren. Vid. MINDAN. *tr. de interdict. tit.* 17. *n.* 12. *sqq.* Also hat es zwar fürnehmlich statt, (1.) Wenn dem Erben die Falcidia oder die Trebellianica entgehet, *L.* 1. §. 5. *ff. quod legat. l. un. C. eod. l. pen. C. ad L. Falcid. l.* 14. §. 1. *l.* 15. §. 1. & *l.* 93. *ff. eod.* Add. *Nov.* 1. *c.* 2. Nichts destoweniger muß es (2.) auch Platz finden, wann die Erbschafft mit Schulden beladen ist, *Nov.* 1. *c.* 3. *in fin.* und (3.) in Casu Electionis, wo der Erbe die Wahl hat, was er von denen in genere legirten Sachen geben will? *L.* 37. *ff. de legat.* 1. Und endlich ist (4.) die Verwegenheit, daß er als sein eigener Richter sich des Vermächtnüsses so kühnlich und vermessentlich angemasset, Ursach genug, das Erbstücke demjenigen zu restituiren, dem es principaliter gehöret und zukömmet, per *text. in l.* 1. §. 2. *vers. etenim æquissimum. ff. quod legator.* Pet. MÜLLER. *not. ad Struv. exerc.* 45. *th.* 25. *lit. a.* & *δ.* & ipse STRUV. *d. th.* 25. & LYNCKER. *analect. ibid.*

b.) Aus

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Was? will man klüger seyn, als so viele andere rechtschaffene Doctores, welche insgemein ad Instituta, Digesta, und Codicem, h. t. mit dem ANGELO *ad L. extat. ff. de his quæ vi met. causa.* sagen, daß dieses Interdictum sonst nie gegeben werde, noch eine Strafe des Legatarii zu befahren sey, als wo sich der Erbe über den Mangel der Falcidiæ zu beschweren hat. Vid. Roderic. SUAR. *in L. quoniam in prioribus qu. 7. n. 17. ff. de inoff. testam.* NATTA *Lib. 2. consil.* 233. MENOCH. *rem. adip. 2. n. 6.* CONTARD. *l. un. limit. 2. rat. mixt. n. 16. C. si de moment. poss.* MARANT. *P. 4. dist. 7. n. 10. sub fin. & ibi* Phil. CORN. *consil. 37. vol. 3.* BALD. *ad L. un. C. tit. quod legat.* CUJAC. *lib. 8. obs. c. 2.* Es cessiret aber die Falcidia, und per consequens dieses Interdictum, in V. Fällen: (1.) Wenn der Erbe derselben verlustig wird, weil er kein Inventarium gemacht hat, §. *sancimus Novell. de hered. & Falc.* (2.) Weil er des Testirers letzten Willen nicht nachgelebet, *authent. hoc amplius. C. de fideicommiss.* CASTRENS. *cons.* 291. RIPA *in L. 1. pr. n. 24. ff. quod legat.* auch bey einem Minderjährigen, CRAVETTA. *consil. 193. n. 2. sq.* (3.) Wenn der Testator den Abzug der Falcidiæ ausdrücklich verbothen hat, CORN. *consil.* 61. MENOCH *hoc rem. 2. qu. 19.* (4.) In einem Vermächtniß zu milden Sachen, §. *si autem heres. No-*

 vell.

vell. de eccles. tit. authent. similiter. & ibi DD. citt. ad leg. Falcid. TIRAQVELL. *de privileg. piæ caus. privil.* 45 & 26 MENOCH. *hoc remed. quæst.* 23. Und endlich (5.) wenn der Erbe als unwürdig der Erbschafft zu entsetzen ist, nach denen *Titt. ff. & C. de his quib. ut indign.* Vid. MINDAN. *d. tr. tit.* 17. *n.* 5. *seqq.*

XI. Gout.

Hat denn auch das Interdictum *Quod legatorum* wider einen Fideicommissarium universalem statt, wenn er sich des Fideicommisses eigenmächtig anmasset?

a) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Es ist zwar ein grosser Unterschied unter einem Fideicommiss-Erben, als einem successore universali, und unter einem Legatario, als successore particulari; und also wollen sich die Worte dieses Interdicti auf jenen directo nicht wohl appliciren lassen. Alldieweil aber der Fideicommiss-Erbe so wohl, als der Legatarius die Ausantwortung des Fideicommissi aus der Hand des rechten Haupt Erben erwarten muß, und sich dessen nicht eigenmächtig anzumassen hat, wodurch dem heredi directo ebenfalls nicht wenig könte præjudiciret werden: so irren diejenigen Doctores gar nicht, welche sodann demselben dieses Interdictum utile, propter eandem rationem verstatten,

arg.

arg. l. 1. §. 2. & §. 5. *ff. quod legator.* Fridericus MINDANUS *de interdict. tit.* 17. *n.* 35. STRUV. *exerc.* 45. *th.* 27. HAHN. *ad Wes. tit. quod legator. n.* 6. Add. HUNN. *ad Treutl. Part. poster. D.* 25. *th.* 1. *qu.* 26. MENOCH. *rem.* 2. *adip. poss. qu.* 7. *n.* 23. LAUTERBACH *colleg. ff. tit. quod legator.* §. 4.

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Ach ja, sie irren gar sehr, und lässet sich wegen des grossen Unterschiedes unter einem Fideicommiss-Erben und einen Legatario das Interdictum quod legatorum weder directò, noch utiliter auf jenen extendiren und appliciren. Die hauptsächlichste Bewegniß redet von der Falcidia; wo ist denn in dem Fideicommisso universali eine Falcidia? wohl aber eine Trebellianica. Wer weiß aber nicht, daß die Trebellianica und Falcidia in vielen Stücken gar weit von einander unterschieden seynd? Also kan der Fideicommiss-Erbe dem directo exceptivè opponiren: Ich bin kein Legatarius und Successor singularis, sondern so wohl ein Universal-Erbe, wie du, welcher den Defunctum repræsentiret; dahero opponire ich dir exceptionem non competentis actionis seu non fundatæ intentionis. Wann nun die Acta in ein dicasterium verschicket werden, wo die meisten Assessores *Perezianer* seynd, so

muß der Fideicommiss-Erbe recht behalten und von der Klage absolviret werden: denn wir sprechen heut zu Tage also nach unsers Praeceptoris PEREZII *ad Cod. tit. quod legator. num.* 6. seinen Principiis.

XII. Gout.

Wird denn das Remedium Possessorium *Quod legatorum* auch wider denjenigen verstattet, deme durch eine Verehrung oder Geschencke auf den Todesfall etwas beschieden ist, und er dasselbe besitzet und innen hat?

a) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Hier ist der Unterschied zu mercken: ob der Donatarius die geschenckte Sache von dem Donatore würcklich empfangen, und da kan der Erbe dieses Interdictum nicht practiciren; sondern er muß die Falcidiam von dem Donatario vindiciren, per *L.* 1. §. 5. *ff. quod legator. l. pen. C. ad L. Falcid.* CUJAC. *recit. solum. in L.* 1. *de legat.* 1. Ant. FABER. *dec.* 34. *error.* 5. & 6. *conject.* 2. COCCEJ. *jur. controv. L.* 43. *t.* 3. *Qu.* 2. Oder ob er die Sache von dem Donatore bey seinem Leben nicht empfangen, sondern nach dessen Todte erst selbst deren eigenmächtig sich angemasset: und sodann hat dieses Interdictum allerdings statt, *arg. dd. text.* & *l.* 1. §. 2. *quod legator.* BARTOLUS *ad d. l.* 1. §. 5. CUJAC. *l.* 10. *Obs.* 28.

28. FRIDER. *de interdict. tit.* 17. *n.* 62. CARPZOV. *P.* 3. *c.* 1. *d.* 37. STRUV. *exerc.* 45. *th.* 27. *ibique* Pet. MÜLLER *not.* LAUTERBACH *colleg. ff. tit. quod legator.* §. 12. *seq. & ejusd. Par. disp. de mort. caus. don. th.* 38.

b.) Aus der Coffé Tasse.

Resp. Was will man da lange vor einen Unterschied machen, ob der Donator die Sache dem Donatario übergeben, oder nur versprochen, dieser aber sich derselben eigenmächtig angemasset hat? Genug, daß in beyden Fällen dem Erben die Falcidia in salvo bleiben muß, und wenn er dieselbe in Petitorio vindiciren kan, so wird er sie ja um so viel eher in Possessorio durch das remedium adipiscendæ possessionis quod legatorum behaupten dürffen. Uberdieß kan dem Erben auch sonst daran gelegen seyn, daß er die auf den Todesfall verschenckte Sache wiederum zur Erbschafft bringe, dahin sich die Vindication nicht wohl schicket, z. E. wegen des Erblassers vieler Schulden, &c. Und diese Meynung behauptet der berühmte und vigilante HAHN. *ad Wes. tit. quod legator. n.* 6. per §. 1. *Instit. de don. & l.* 15. *de mort. caus. don.* wie denn auch STRUVIUS *d. exerc.* 45. *th.* 31. auch in dem Fall, da der Erblasser selber dem Donatario die Sache überliefert hat, wenigstens dem utili interdicto Platz giebet, *arg. L. pen. C. ad L. Falcid. l.* 29. *D. eod.*

Vid. FRIDER. *d. t.* 17. *n.* 51. *seqq.* Conf. STRYK *us. mod. ff. tit quod legator.* § 2. SCHILTER. *exerc. ff.* 47. §. 29. *sq.* Add. Dn. BOEHMER *introd. in jus Digest. h. t.* §. 6.

XIII. Gout.

Wann der Erbe die Erbschafft schon in Posseß hat, und der Legatarius hohlet sein Vermächtniß eigenthätiger Weise daraus, so wird nicht das *Remedium quod legat* sondern das Remedium *Legis* 7. *C. Unde vi* und des *Legis* 13. *ff. quod met. caus.* practiciret, daß er seines Legati gar verlustig wird, per *L.* 8. *C. de legat.* Sind denn aber diese beyden Leges noch heut zu Tage üblich?

a) Aus der Thee Tasse.

Resp. Es findet sich weder eine durchgängige Gewohnheit, noch ein lex universalis, durch welche diese Leges abgeschaffet wären: warum sollen sie also nicht bis auf heutigen Tag bestehen? *arg. L.* 27. *C. de testam. l.* 32. *in fin. C. de appellat.* Es ist auch nichts unbilliges, daß ein solcher vermessener Selbst-Richter und verwegener Abnehmer oder Entsetzer, wie er in der Reichs-*Constitution de anno* 1521. *Tit.* wie es in Irrung der Possession §. Und ob sich. genennet wird, mit Verlust seines Rechts bestraffet oder coërciret werde. Also streiten vor die Observanz dieser Gesetze HARPRECHT. *ad* §. 1. *Inst. de vi bon. rapt. n.* 4. FRANZK. *ibid.*

ibid. n. 9. CARPZOV. *decis.* 269. *n.* 21. LUDWELL. *exerc. Justin.* 15. *th.* 4. *lit. a.* MENOCH. *recup. poss. rem.* 9. *n.* 8. MEV. *P.* 1. *dec.* 95. & *P.* 5. *dec.* 156. & 151. BRUNNEM. *ad d. l.* 7. *C. unde vi.* & *ad L.* 13. *ff. quod met. caus num.* 5. HILLIGER. *in Donell. L.* 15. *C.* 30. *lit. B.* LAUTERBACH. *de priv. delict. th.* 37. BARDILI *disp. in d. l.* 7. *th.* 5. *seqq.* BLUM. *Supplic. Cam. tit.* 18. *n.* 31. TULEMAR. *Rel. Cam.* 16. *n.* 38. *sqq.* LYNCKER *de Gravam. extrajud. c.* 9. *p.* 2. §. 44. *seq.* & *analect. Inst. L.* 3. *t.* 30. §. *ult. it. ad L.* 4. *t.* 2. §. 1. & *ad ff. L.* 43. *t.* 16. *th.* 115. BERGER. *resol. Lauterb. tit. quod legator. animadvers.* STRYK. *ibique citt. DD.* COCCEJ. *jur. controv. tit. quod legator Qu.* 1. ubi tamen pœnam privationis hodie non adversario, sed fisco tribuit.

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. O! diese harten Leges, welche wohl selber Entsetzer heissen mögten, sind fast in der gantzen Christenheit vorlängst nicht mehr in Ubung gewesen oder in Praxi observiret worden, wie solches FARINACIUS *pract. crim. qu.* 175. *n.* 144. COVARRUVIAS *lib.* 3. *var. resol.* 16. *n.* 7. Und andere mehr erinnern; denen beytreten GUTIEREZ *L.* 1. *qu.* 77. *n.* 4. GROENEWEGEN *de LL. abrog.*

ad d. l. 13. Pet. de GREVE *exercit. ad* π. 5. *th.* 20. Ant. GABRIEL. *comm. concl. de acqu. poss.* 1. DECIAN. *L.* 9. *c.* 28. *n.* 16. PEREZ. *in Cod. unde vi. n.* 31. SARMIENT. 2. *select. interpr. c.* 13. *n.* 7. CLVD. *de cond. furt. c.* 12. *n.* 19. BICCIVS *rer. quotid. s.* 4. *th.* 185. *lit. un.* Es sind also alte Römische Fabeln, welche in Teutschland vor Spreu geachtet werden, die der Wind zerstreuet; und wer es nicht glauben will, der frage nur die klugen Sachsen, welche diese Dunst der Unbilligkeit gleichsam verlachen. Vid. CARPZOV. *P.* 3. *c.* 33. *d.* 4. & *P.* 4. *c.* 35. *d.* 11. COLER *decis.* 125.

II.

Lib. V. Tit. 2.

De inofficioso testamento.

Bey der Querela inofficiosi testamenti finden sich viel singularia bey dem LEYSERO *in Medit. ad ff.* als: *specim.* 91. *de legitima. spec.* 92. *de Gravamine legitimo. spec.* 93. *de Contrariis querelæ inofficiosi & actionis suppletoriæ.*

XIV. Gout.

Ist denn die Querela inofficiosi testamenti eine Actio propriè dicta?

a.) Aus

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Obgleich das Remedium, ein Pflicht-vergessenes Testament anzufechten und umzustossen, in genere *Querela* genennet wird, weil es bald per modum actionis, bald per modum exceptionis, ja zuweilen auch per modum replicationis pfleget exerciret zu werden, Vid. L. B. de LYNCKER *comment. ff. tit. de inoff. testam.* §. 2. Dennoch aber und wenn dieselbe wider den Besitzer der Erbschafft oder den instituirten frembden Erben angestellet und moviret wird, so ist es allerdinges eine *Actio propriè* sic dicta, wird auch in Legibus also genennet, *l.* 7. *pr. l.* 12. §. *fin. l.* 15. §. 2. *ff. de inoff. testam.* nehmlich hereditatis petitio, und nicht simplex, sondern *qualificata*, und brauchet kein absonderliches remedium præparatorium, wodurch erst das Testament aus dem Wege geräumet, und der Weg zur hereditatis petition gebähnet, und diese hernach erst angestellet werden müste. Vid. STRUV. *exerc.* 9. *th.* 4. (da er zwar stolpert, wenn er spricht, die Querel sey eine Action, welche die hereditatis petition includire, reprehensus â LYNCKERO *in analect. ibid.*) LAUTERBACH. *colleg. ff. tit. de inoff. testam.* §. 7. *seq.* allwo er die widrige Meynung widerleget; LYNCKER *analect. Instit. L.* 2. *t.* 18. *pag.* 135. & *ff. pag.* 99. Conf. TITIUS *observ. Lauterb.* 163. LUDOVICI *ad Comp.*

Lau-

Lauterb. d. t. voc. species extraordinaria. PAGENSTECHER. *Sicilim. man. 1. sicil.* 17. Add. FRANZK. *comm. ff. tit. de inoff. test. n.* 4. UNGEPAUR *exerc.* 9. *th.* 1. BACHOV. *ad. Inst. tit. de inoff. test.* 1. SUTHOLT. *dissert.* 9. *th.* 88. *seq.* VINN. *ad Inst. d. t. num.* 6. & *quæst. sel.* 1. *c.* 19.

b) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Daß die Querela inofficiosi testamenti an sich selbst die Haupt-Action der Erbschaffts-Forderung seyn solte, das ist ein schrecklicher Irrwahn. Wenn ihre Substanz in einer Action bestünde, warum könte sie denn bald per modum exceptionis, bald per modum replicationis gebrauchet werden? Man lese nur den HUNNIUM *ad Treutler.* ¦ *V.* 1. *D* 13. *qu.* 2. und SCHÜZIUM *disp.* 5. *lit. D.* diese demonstriren gründlich und deutlich, daß die hereditatis petition gantz unterschieden sey von der Querela inofficiosi, und es zweyerley Judicia ausmachen, nehmlich die Querela bahne den Weg zu der hereditatis petition, hernach folge erst diese darauf. Wesenbecius und sein HAHN. *ad tit. de inoff. testam.* sind eben der Meynung. Will man noch neuere Autores wissen, so darff man nur des Herrn COCCEJI *Jus controversum ad tit. de inoff. testam. Quæst.* 1. & 2. nachschlagen, so wird man mit Verwunderung ersehen, mit wie viel wichtigen rationibus derselbe die Querelam

relam inofficiosi von der petitione hereditatis von einander gesondert hat. Und wenn es einerley wäre, so frage ich nur noch: wie man inofficiosam donationem, inofficiosam dotem &c. umstossen wolle? Gewiß auch per hereditatis petitionem! O! weg mit der unschicklichen hereditatis petition!

XV. Gout.

Hat man denn bey der *Querela inofficiosi testamenti* den Colorem oder Prætext anzuwenden oder vorzukehren noch bis dato nöthig, als wenn Vater oder Mutter nicht recht bey Verstande gewesen, indem sie ihre leiblichen Kinder ohne erhebliche Ursach enterbet haben?

a) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Indem nach Inhalt des Legis XII. Tabb. einem Patrifam. frey stunde, nach seinem Belieben, wie er wollte, sein Testament einzurichten, *L.* 120. *ff. de V. S.* und es gleichwohl sehr hart und irraisonnable schiene, seine leiblichen Kinder zu übergehen und zu enterben, mithin ihnen einen fremdden Brodwurm fürzuziehen, da doch kein vernünfftiger Mensch sein eigen Fleisch und Blut zu hassen pfleget; so wusten die alten Römischen Juristen (welche vortreflich über die legale analogiam juris hielten, und nicht so gleich auf cerebrinische Æquitäten verfielen, wie manche à la mode doctores heut

heut zu Tage zu thun pflegen) der Sache nicht besser zu helffen und zu rathen, als daß sie dem unbilligen Testament ein Färbgen anstrichen, und durch die practicalische Cautel, quasi per præsumtionem juris & de jure, fingireten, als wenn der Testirer bey verruckten Sinnen und Verstande gewesen wäre, daß er seiner leiblichen Kinder vergessen, oder auch sie von seiner Verlassenschafft mit Vorsatz ausgeschlossen hätte. Und dieses wird *in pr. Inst. de inoff. testam.* und in *L. 2. ff. eod.* nur historice erzehlet und angeführet. Denn nachdem hiernechst durch die Leges ausdrücklich befohlen und geordnet, daß die Eltern ihre Kinder, vor allen andern, entweder zu Erben einsetzen, oder, wenn man gnugsame Ursach hätte, dieselben enterben solle, vid. *tot. tit. ff. & C. de liber & posth. hered. instit.* so hat dieser color und figmentum vor sich aufgehöret, daß man bey der Querela inofficiosi dergleichen Prætext nicht mehr anführen und vorwenden darff. Und dieses ist nicht erst sodann geschehen, als Justinianus durch die *Novellam* 115. eine accuratere Norm der Enterbung eingeführet, wie STRUVIUS *exerc. 9. th. 3.* wehnet; sondern es hat dieser Color schon zur Zeit der Pandecten seine abhelfliche Maße erlanget, wie LYNCKERUS *in comment. ff. de inoff. testam.* §. 3. und *in analect. ff. d. t. pag. 99. in fin.* erinnert.

b.) Aus

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Ey, was solte dieser Color aufgehöret haben? wer hat ihn denn abgeschaffet? quod mutatum non est, cur stare prohibeatur? spricht der Kayser in *L. 27. C. de testam.* Justinianus redet in *princip. Inst. de inoffic. test.* nicht historicè oder de præterito, sondern dispositive und de præsenti, ibi: *qui querantur, aut inique se exheredatos, aut inique præteritos: hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerint, cum testamentum ordinarent.* Sind denn die Narren heut zu Tage klüger, als vor Olims-Zeiten? Man saget ja in Querel noch heut zu Tage, wie vor diesem: Mein Vater oder Mutter hat nicht an mir gehandelt, wie kluge und wohlmeynende Eltern gegen ihre liebe Kinder zu handeln pflegen. Je klüger der Kayser Justinian die Norm der Erb-Verordnungen gegen die Kinder eingerichtet hat, je thörigter handeln die Eltern, wenn sie nicht nach der klugen Norm ihre Disposition reguliren; heisset denn dieses nicht: quasi non sanæ mentis fuissent? Es bleibet demnach darbey, daß dieser Color noch heut zu Tage muß prætendiret werden, wie Vigil. ZWICHEMUS *ad princ. Inst. n. 2.* MYNSINGER. *ibid. n. 8.* BACHOV. *ibid. n. 9.* VINNIUS *ibid. n. 8.* HOENON. *D. 9. th. 1.* LUDWELL. *comm. ad pr. Inst. de inoff. test. n. 3. & Exerc. 8. §. 8. lit. c.* Dn. COCCEJ. *jur. controv. tit. de inoff. test. Qu. 3.*

XVI. Gout.

Ist denn der Unterschied, daß der Vater ausdrücklich enterben muß, der Mutter und übriger verpflichteter Personen Ubergehung aber für eine stillschweigende Enterbung gehalten wird, Jure Novellarum nicht aufgehoben?

a) Aus der Thee - Tasse.

Resp. Nein, das findet sich nicht geändert oder aufgehoben, sondern nur so viel, daß so wohl bey der tacita, als expressa exheredatione eine rechtmäßige Ursach muß angeführet und von dem geschriebenen Erben erwiesen werden, Vid. LAUTERBACH. *colleg. ff. tit. de inoff. testam.* §. 13. STRUV. *exerc.* 9. *th.* 15. (welchen doch TITIUS *observ. Lauterb.* 164. *n.* 4. als einen Dissentienten anführet,) L. B. de LYNCKER *analect. Instit. pag.* 123. FRANZK. *Ex.* 6. *qu.* 3. Dn. COCCEJ. *jur. controv. L.* 5. *t.* 2. *Qu.* 4. & 5. HUBER. *polit. ad Instit. de inoff. test.* §. 2. it. *Prælect. Inst. d. t. pr. & tit. de exher. liber. circ. fin.* HARPRECHT. *ad* §. *f. Inst. de exher. liber. n.* 7. VINN. *comm. ad pr. Inst. de inoff. test. n.* 4.

b.) Aus der Coffé - Tasse.

Resp. Warum solte dieser Unterschied nicht geändert seyn? Der Kayser Justinian hat in der

No-

Novella 115. alle Eltern und Kinder in eine Brüh geworffen, und ihnen vorgeschrieben, daß sie ausdrücklich und deutlich enterben oder zu Erben Eltern und Kinder einander einsetzen sollen, STRYK. *not. ad Lauterb. comp. voc. nec Novellarum. pag.* 107. cum BRUNNEM. *in not. ad* STEPHAN. *comm. Novell. Nov.* 115. *n.* 17. Vid. EUND. *tr. de Cautel. testam.* c. 19. §. 5. THOMAS. *not. ad Huber. citt. loc.* BERGER. *resol. Lauterb. tit. de inoff. testam. & Oecon. jur. L.* 2. *t.* 4. §. 14. KRES. *specim. jurispr. civ. for. L.* 2. *t.* 6. §. 6. *seq.* Andere wollen den Unterschied dergestalt aufgehoben wissen, daß des Vaters Præteritio so wohl, als die mütterliche, vor eine Exheredation zu achten sey, und durch diese Querel müste umgestossen werden; denen aber vom LAUTERBACH. *cit.* §. 13. schon begegnet ist.

XVII. Gout.

Wenn die Ursach bey der Enterbung nicht gemeldet wird, (oder an sich nicht gerecht und hinlänglich ist) kan denn das Testament stricto Jure bestehen, und muß erst durch die Querelam inofficiosi rescindiret werden? oder ist es ipso jure null und nichtig?

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Es ist freylich ein grosser Unterschied unter beyderley Fragen: bey der ersten hat man

nur fünff Jahr Zeit, das Testament anzufechten; bey der andern kan in dreyßig Jahren dasselbe übern hauffen gekeupelt werden. Wir geben der letztern Frage Beyfall, daß das Testament ipso jure null und nichtig sey: denn die Enterbung ist nicht *ritè* facta, und da fraget man viel darnach, ob sie *æqua* oder *iniqua* sey? Dieser Modus ist vom Justiniano als eine *Forma* exheredationis vorgeschrieben, qua cessante cessat effectus. Diese Meynung wird in Theoria & Praxi von denen meisten Rechts-Lehrern behauptet; Vid. BACHOV. *ad* §. 1. *Inst. de inoff. test. n.* 5. *sq.* WESEBEC. *paratit. ff. tit. de inoff. test. n.* 7. *ibique* HAHNIUS. SICHARD. *ad rubr. C. de lib. præter. n.* 5. Fr. de BARRY. *de success. L.* 2. *tit.* 10. *n.* 4. 8. & *tit.* 3. *n.* 18. *seqq. tit.* 8. *n.* 16. STRUV. *exerc.* 20. *th.* 15. & *exerc.* 32. *th.* 32. *cum Evolut.* LYNCKER. *analect. Inst. pag.* 123. & *comm. ff. tit. de inoff. test.* §. 4. COCCEJ. *jur. controv. d. t. Qu.* 6. & 7. STRYK. *not. ad Lauterb. comp. p.* 107. *ad verb. vid. tn.* BACHOV. & *in Us. mod. ff. tit. de inoff. testam.* §. 2.

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Der Unterschied mag seyn, wie er will, so halten wir dafür, daß es genug pro exheredatione *ritè* facienda, wenn die Enterbung klar und deutlich exprimiret ist; wenn es aber nur daran fehlet, daß entweder gar keine, oder

keine

keine rechtmäßige Ursach beygeschrieben ist, so halten wir dennoch die Enterbung pro ritè factâ, aber nur pro *iniqua*, wenn keine rechte Ursach erweißlich ist; daß also das Testament durch die Querelam inofficiosi muß rescindiret werden. Sind denn dieses nicht auch renommirte, in Theoria und Praxi bewährte Rechts-Lehrer, welche vor diese Meynung streiten? nehmlich: LAVTERBACHIVS *colleg. ff. tit. de inoff. testam.* §. 14. *junct.* §. 17. *Ejusve Parens ad J. Prov. Würt. P.* 3. *t. VI.* FRANZK. *exerc.* 6. *qu.* 4. & *ad tit. ff. de inoff. test. n.* 72. *sqq.* VINNIVS *ad pr. Inst. de inoff. test. n.* 3. & 2. *sel. quæst.* 21. PEREZ *in Cod. tit. de liber. præter. num.* 18. DONELL. & HILLIGER 6. *comm. c.* 13. *lit. d.* SCOTAN. *disp.* 24. *th.* 1. FACHINAE *L.* 4. *controv. c.* 9. STRAVCH. *D.* 9. *ad R. J. th.* 26. *seqq.*

XVIII. Gout.

Werden denn auch andere Ursachen zur Enterbung zugelassen, als welche Justinianus in der *Novella* 115. *c.* 3. *seq.* vorgeschrieben?

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Man muß hier den Unterschied wohl mercken, ob es solche Ursachen seynd, welche weit geringer zu achten, oder doch, wenn sie

gleich viel wichtiger scheinen, aber doch nicht von der Arth sind, daß sie des Justiniani seinen gleich zu schätzen, nehmlich daß sie dem Testatori, es sey Vater oder Mutter, zum *Tort*, Verachtung, Hohn und Spott gereichen, oder auf liederliche Gesellschafft, wovon die Familie Schande hat; so können andere geringere, oder auch grössere Ursachen keine Rechts-beständige Anlaß zur Enterbung geben. Sind sie aber von eben solchen Gelichter, wie bereits Erwehnung geschehen, daß sie similes vel majores heissen können, wenn sie gleich nicht von Wort zu Wort mit denen vom Justiniano erzehleten überein treffen, so werden sie dennoch insgemein vor hinlänglich geachtet, die ungerathene Brut, oder auf gewisse Masse, die gehäßigen Eltern, Groß-Eltern, &c. zu enterben. Vid. L. B. de LYNCKER. *analect. Instit. L. 2. t. 13. rub. pag.* 122. *sq.* HUBER. *prælect. Instit. L. 2. t.* 13. *n.* 10. *seqq.* VINN. *ad pr. Inst. de inoff. test. n.* 2. SCHULZ. *synops. Inst. tit. de exhered. lib. lit. E.* FINCKELTHUS. *obs.* 99. *n.* 22. WESENBEC. *P.* I. *cons.* 29. *n.* 49. *seq. Jur. Prov. Wurtenb. P.* 3. *t.* 17. §. Ferner LAUTERBACH *colleg. ff. tit. de inoff. test.* §. 16. *Ejusve Parens-disp. de donat. propt. nupt. th.* 75. STRUV. *exerc.* 32. *th.* 33. STRYK. & BERGER. *ad Schuz. comp. Lauterb. pag.* 107. *verb. aliæ quoque.* Und was ist es denn anders, wann der Herr

Cos-

Coccejus in seinem *Jure Controverso tit. de inoff. test. Quæst.* 13. (allwo er doch die widrige negativam behaupten will,) also schreibet: Benè tamen hic notandum est, nominatim quoque expressas videri causas, quæ intellectu juris, vel saltem usu sermonis eadem sunt: imprimis cum nomina generaliter sunt expressa; ubi ex *Müllero* varia exempta similium causarum adducit. Add. *l. DD. in Auth. non licet. C. de lib. præter.* Clarus *recep. sent.* §. *testam. qu.* 41. *n.* 2. Gomez. *l.* 1. *resol.* 11. Christin. *vol.* 4. *decis. Belg.* 19. *n.* 5. Schilter. *exerc.* 38. *th.* 63. Titius *obs. Lauterb.* 165. Bocer. *class.* 2. *D.* 3. *th.* 44. *lit. B. D.* Ungepaur. *exer.* 8. *q.* 7. Bachov. *ad Treutler. V.* 1. *D.* 13. *th.* 8. *lit. C.*

b) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Wer wolte sich denn unterstehen, dem Kayser Justinian zu widersprechen, und ihme gleichsam die Worte im Munde zu verdrehen? Mercket doch das Wort in der angezogenen *Novella* 115. ibi: *Nominatim &c.* saget er denn darzu: ex *Talibus* tantummodo causis? Er weiset ja gleichsam mit Fingern darauf, wenn er schreibet: ex *His* tantummodo causis. Majores autem causæ nominatim non sunt expressæ, uti nec similes; weil die Extensio ad similia allezeit demjenigen entgegen gesetzet wird,

was mit Worten und nominatim ausgedrucket ist. Es würde auch anderer gestalt im ganzen Corpore Juris kein Unterschied zu finden seyn unter demjenigen, was durch die Worte eines Gesetzes deutlich ausgedrücket ist, und unter demjenigen, was nur der Meynung nach aus der angefügten Raison per argumentum zu schliessen ist, welches doch nur ad similia gehöret, *L.* 12. *l.* 13. *l.* 17. *l.* 29. *l.* 30. *ff. de legibus.* Auch würde im urtheilen, ob etwas dem andern ähnlich sey? die vorige Ungewißheit und Wanckelmuth wiederum herfür brechen, welche doch der Kayser in angezogenen *c.* 3. *pr.* hat aufheben wollen. Worzu kömmet, daß die Constitutiones pœnales als odiosæ mehr zu restringiren, als zu extendiren seynd. Und dieses wird also nicht ohne Grund vorgestellet beym VIGLIO *Zuichem. ad.* §. 5. *ult. Inst. de exhered. liber. n.* 8. von PHILIPPI in seinem *Usu Practico Instit. Lib.* 2. *Eclog.* 57. & *ad Decis. Elect. Noviss.* 52. *obs.* 1. und denen daselbst angeführten Doctoribus, desgleichen von TREUTLERO *ad tit. de inoff. test.* §. 8. *lit.* C. Es sind auch noch andere Doctores dieser negativischen Meynung, als: DONELLUS *L.* 6. *c.* 12. *ibique* HILLIGER. *lit. M.* LOCAMERUS *quæst. Justin.* 224. (225.) LUDWELLUS. *de ult. volunt. P.* 2. *c.* 4. *pag.* 383. VULTEJ. *ad pr. Inst. de inoff. test. n.* 14. CONNAN. 9. *comm.* 10. *n.* 6 GIPHAN. *ad Auth. non licet. C. de lib. præter.* ARUM. *exerc.* 10. *th.* 3.

XIX. Gout.

Ist denn dieses auch eine rechtmäßige Ursache der Enterbung, wenn der Vater in grossen Schulden stecket, und der Sohn nicht vor ihm gut sagen und Bürgschafft leisten will?

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Wenn der Vater der Schulden wegen in Schuldthurm gefangen saß, und der Sohn könte durch seine Bürgschaft denselben ex squalore carceris erlösen, und wolte es doch nicht thun: da möcht es wohl pro causa simili exheredationis geachtet werden. *Decis. El. Sax.* 52. *in fin. ibique* Philippi *obs.* 3. *n.* 20. *sqq.* Wann es aber nur sonst um des Vaters Credit zu thun wäre, welchen der Sohn mit seiner Bürgschafft befördern könte, solches aber zu thun bedencken träget, und sich dessen weigert: so ist dieses keine erhebliche Ursach, den Sohn deswegen zu enterben; denn alle Contracte sind anfänglich voluntatis & liberi arbitrii, und kan niemand mit Recht darzu gezwungen werden, *L.* 5. *C. de oblig. & act. l.* 17. §. 3. *ff. commod. l.* 36. §. 1. *ff. de jud. l.* 22. §. 11. *ff. mandat.* nun aber ist die Fidejussion ebenfalls ein solcher freyer Contract, worzu niemand bey Strafe kan gezwungen werden. Es ist auch keiner gehalten, einem andern, mit seinem eigenen Schaden und Ungemach, wohlthätig und behülflich zu seyn, Heig. *P.* 2. *qu.* 1. *n.* 87. nicht

minder ist ein Bürge, welcher nicht mit freyen Willen aufgesaget, sondern aus Furcht, oder mit Gewalt, oder durch Betrug, arge List und Gefährde darzu gebracht ist, an die Bürgschafft nicht gebunden, *L.* 14. §. *6.* & 8. *ff. quod met. caus. l.* 48. *vers. quod si dolo. ff. de fidejuss.* Und wo ist denn ein Sohn verbunden, vor des Vaters Schulden zu hafften und solche zu bezahlen? *L.* 4. *C. ne fil. pro patre.* SICHARD. *ad rubr. d. t. n.* 1. *seqq.* & *ad L.* 1. *ibid. n.* 1. WESENBEC. *P.* 1. *consil.* 29. *n.* 50. Matth. de AFFLICT. *decis. Neap.* 308. *n.* 1. *seqq.* Ant. PEREZ. *ad C. d. t. num.* 1. Also wird die Frage billig negiret beym FINCKELTHAVS. *observ.* 99. PHILIPPI *ad Decis. Elect. Noviss.* 52. *obs.* 3. STRVV. *exerc.* 32. *th.* 33. *in fin.* LAVTERBACH. *colleg. ff. tit. de inoff. test.* §. 16.

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Wie kan man mit Beyfall Rechtens diese Frage ins leugnen stellen? da doch ein gantzes Collegium derer berühmtesten Dicasteriorum in Teutschland, nehmlich der Schöppenstuhl zu Leipzig gantz anders gesprochen hat. Die Worte sind beym BERLICH. *P.* 1. *dec.* 36. *n.* 5. deutlich zu lesen, und lauten also: Wofeрne ihr nun, wie Recht, beweisen köntet, daß euer Vater seinen Sohn Georgen, sich vor ihn in Bürgschafft einzulassen, ersuchet, solches aber ihme der Sohn versaget, so wäre solches

vor

vor eine erhebliche Ursache zu achten, und gedachter sein Sohn George könte das testam. tanquam inofficiosum nicht umstossen. V. R. W. Es fehlet auch nicht an Rationibus diesen Rechtsspruch zu behaupten: Denn (1.) ist ja bey der vorigen Frage in der Thee-Tasse die Gesundheit anderer causarum similium vel majorum getruncken worden; und wo (2.) eadem ratio sich befindet, da muß auch idem jus statt finden, *L. 32. ff ad L. aquil. l. 5. §. 1. ff. naut. caup. stab. &c. l. 9. §. 2. ff. de edend.* BARBOS. *thes. ax. voc. ratio. axiom. 197. n. 3.* Nun militiret eadem ratio, wenn der Vater in grossen Schulden stecket, und befahren muß, daß ihn die Creditores täglich beym Kopfe nehmen, und in Arrest oder Schuld-Thurm können werffen lassen, oder er doch wenigstens sonsten beym Abgang des Credits er sehr schmorchen oder schmachten müste; sintemahl in beyden Fällen die Pietät und Gehorsam gegen den Vater erfordert, sonderlich nach dem vierdten Geboth, daß er des Vaters schwere Schulden erleichtere. Denn wofern überhaupt derjenige sich nicht wenig versündiget, welcher seinem Nächsten die Liebe der Intercession und Gutsagens verweigert, HERING. *de fidejuss. c. 1. n. 67.* so wird fürwahr ein Sohn wider seinen Vater eine weit grössere Sünde begehen, wenn er vor ihm keine Bürgschafft leisten will, indem die Kinder denen Eltern mehr Ehre und Respect zu erweisen verbunden seynd,

als ein frembder; ja des Vaters Person allzeit vor heilig und höher zu achten ist, *L. 9. ff. de obseq. parent. & patron. l. 2. C. qui & adv. quos in integr. restit.* Denn es kan ein Sohn keinen grössern und bessern Freund auf der Welt haben, als seinen lieben Vater, wie nach dem *Baldo* der Matth. de AFFLICT. *in decis. Neapol.* 308. *n.* 15. erinnert.

XX. Gout.

Hat denn die Querela inofficiosi testamenti nach der *Novella* 115. in linea recta, wider Kinder und Eltern ihre Testamente, noch heut zu Tage ihren applicablen oder practicablen Nutzen und Gebrauch.

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Ist das nicht eine Frage! wo hat sie denn Justinianus abgeschaffet oder aufgehoben? er hat sie vielmehr durch sothane Novelle bestätiget, und in eine weit bessere und accurate Verfassung gebracht, wenn sie nur von legalen Juristen und Sachwaltern oder Advocaten allemahl fein accurat tractiret würde. Daß sie also noch diese Stunde ihren practicablen Nutzen habe, daran haben die bewährtesten JCti noch niemahlen gezweiffelt, Vid. DVAREN. *comm. ad tit. de inoff. testam. cap.* 3. *circ. fin.* Ant. FABER. *L.* 14. *de error. pragmat. error.* 7. FACHIN. 4. *controv.* 9. ARVM. *exerc. ad Inst.* 10. *th.* 12. DONELL. *ad auth.*

auth. ex causa. C. de liber. præter. & *L. 6. comm. c.* 13. *ibique* HILLIGER. *not. lit. D.* & *E.* denen beytritt Pet. MÜLLER *not. ad Struv. exerc.* 10. *th.* 16. *lit. a.*

b) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Man wundere sich nur nicht über die Frage! es giebet schon noch berühmte Doctores welche nicht glauben wollen, daß nach der angezogenen *Novella* 115. *c.* 3. & 4. sich ein Casus dabilis ereignen könne, da die Querela inofficiosi testamenti heutiges Tages noch eine Application finden möchte, und zum practicalischen Nutzen zu bringen sey. Will man wissen, wie sie heissen? Es ist HOTOMANNUS 7. *obs.* 8. VULTEJUS. *ad* §. *ult. Inst. de inoff. testam.* (wie ihn der Pet. MÜLLER anführet,) CAGNOLUS. *in auth. ex causa. C. de liber. præter.* Jul. CLARUS. §. *testam. qu.* 40. wir wollen aber nur den berühmten STRYKIUM anhören, der schreibet in seinem *Usu Moderno ff. tit. de inoff. testam.* also: Postquam jura successionis testatæ & intestatæ per *Novellas.* 115. & 118. nimium quantum mutavit Imperator, & ad æquitatis regulas reduxit, querela inofficiosi pariter non tantæ, quam olim, necessitatis esse cœpit, ut hinc in praxi hunc Titulum plane exolevisse dici quidem nequeat, *frequentes* tamen *esse inofficiosi querelas* cum ULPIANO *in L.* 1. *ff. h. t.* asserere amplius non liceat. Er

ge-

gehet aber noch cordater heraus in seinen *Notis ad Compend. Schüzio-Lauterbach. ad tit. de inoff. test. pag.* 108. *ad verba Institutionem tantum.* wann er also schreibet: Ego quidem existimo, *Quoties quis per querelam impugnat testamentum, toties omnia in testamento scripta corruere*, sed nego querelæ locum, post illam Novellam; *Quotiescunque* enim *testamentum nullum dici potest, toties querela cessat;* Atqui vero, *quoties forma illius Nov. non observata, toties nulum dici potest testamentum*, U. M. *ff. h. t.* §. 2. Ergo non locus erit querelæ. Hæc ille.

XXI. Gout.

Können denn die emancipirten oder von der väterlichen Gewalt und Oeconomie loßgesprochenen Kinder so wohl, als die Hauß-Kinder oder sui heredes heut zu Tage die Querelam inofficiosi testamenti rectà anstellen?

a) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Nein, der Unterschied unter denen Emancipatis und suis heredibus mit Anstellung und practicalischen Gebrauch dieser Querel ist vom Justiniano in denen Novellen nirgend aufgehoben, sondern die Vergleichung beyderley Kinder gehet nur auf die Succession ab intestato, und gehöret keines weges zum Streit super testamento inofficioso. Dahero wenn es recht

recht legalisch nach der Analogie des in complexu recipirten Römischen Rechts zugehen soll, so muß ein Enterbter, (denn wann er nur mit stillschweigen übergangen ist, hat er bonorum Possessionem contra tabulas, §. 3. *Inst. de exhered. lib.*) *litis ordinandæ* gratia, oder sich mit der Querel in rechte Positur zu setzen, bonorum possessionem erlangen, *L.* 6. §. *f. l.* 7. *l.* 8. *pr. ff. de inoff. test.* wiewohl dieses nicht auf diejenigen zu extendiren ist, welche heutiges Tages pro *tacitè* emancipatis gehalten werden, aber die sui heredes bleiben; die abgesonderten Kinder aber werden gäntzlich vor rechtmäßig enterbet geachtet. Vid. L. B. de LYNCKER. *comm. ff. tit. de inoff. test.* §. 6. & *analect. ff. d. t. pag.* 99. & *ad Struv. th.* 14. & 16. it. *analect. Inst. L.* 2. *t.* 13. §. 3. & *tit.* 18. §. 2.

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Abermahl eine Römische Subtilitäten-Grille soll in den teutschen Backofen der Gerechtigkeit herein geflogen seyn. Ist denn nicht eben die Absicht und der Zweck dieser Querel, daß das pflicht-vergessene Testament gleichsam zerrissen und die Sache ad causam intestati gebracht werden soll? wenn nun bey emancipirten und Familien-Kindern der Zweck einerley ist: warumb müsten denn eben die Mittel darzu unterschieden seyn? Ich bleibe also bey meinem STRUV. welcher in der Analogia juris

auch

auch kein Ignorant gewesen, dieser schreibet *exerc.* 10. *th.* 16. klar und deutlich: Nec opus amplius est impetrari prius bonorum possessionem, quia jure civ. ad heræditatem hodie admittuntur, *d. Nov.* 118. *cap.* 1.

XXII. Gout.

Hat denn auch ein enterbter Posthumus, welcher zur Zeit des errichteten Testaments noch nicht gebohren war, nöthig, per Querelam inofficiosi dasselbe umzustossen?

a.) Aus der Thee-Tasse

Resp. Nein, ein enterbeter Posthumus kan und mag die Querelam inofficiosi testamenti gar nicht anstellen. Denn entweder ist er *bona mente* enterbet, so hat in solchem Fall diese Querel auch überhaupt bey andern Kindern gar nicht statt; oder er ist mala mente oder aus Haß enterbet, und da schickt und reimet sich keine rechtmäßige Ursach der Enterbung auf denselben, und also ist das Testament an sich selbst ipso jure null und nichtig, Vid. L. B. de LYNCKER. *analect. Instit. L.* 2. *t.* 13. §. 5. STRYK. *not. ad Comp. Lauterb. pag.* 107. *voc. posthumis* zumahl wenn die causa nicht einmahl gemeldet oder exprimiret ist, Dn. COCCEJ. *jur. controv. L.* 5. *t.* 2. *Qu.* 14. Und wäre er ein Narr, wenn er sich mit der Querela inofficiosi in das Quinquennium einschrencken ließ.

b.) Aus

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Narre hier, Narre da! ein ungebohrnes Kind ist zwar noch kein Mensch, sondern nur pars viscerum in der Mutter Leibe, wie Lunge, Leber, Nieren und ander Eingeweide, und wird kaum dafür gehalten, als wann sie schon in rerum natura wären, *L. 10. §. 1. de vulg. & pup. subst. l. 7. de ventr. in poss. mitt. l. 7. de suis & legit. hered.* Indessen wird es doch vor einen würcklich gebohrnen Menschen gehalten, wo die Frage von dessen Nutzen oder Schaden ist, *L. 7. l. 26. ff. de stat. hom. l. 30. §. 1. de acquir. vel om. hered. l. 231. ff. de V. S. l. 2. §. 6. de excus. tut.* Wie nun die zur Zeit des gemachten Testaments schon gebohrne Kinder der Eltern Pflicht-loses Testament durch die Querelam inofficiosi testamenti umstossen müssen; also müssen die Posthumi sich ebenfalls dieses Mittels bedienen, wenn sie aus keiner rechtmäßigen vom Kayser benannten Ursach enterbet seynd, *L. 30. §. 1. C. de inoff. test.* und ist genug, daß sie im Testament in der Enterbung bedacht sind. Also statuiret LAUTERBACHIUS *colleg. ff. tit. de inoff. test. §. 18. & comp. jur. pag.* 107. ibi: *natis & posthumis.*

XXIII. Gout.

Kan denn auch ein unächtes oder Huren-Kind wider das väterliche Testament Querelam inofficiosi anstellen?

a.) Aus

a) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Die Mutter ist zwar bey allen gewiß, und also hat wider derselben unbilliges Testament aller Kinder, so nicht ex damnato coitu gebohren sind, Querela inofficiosi statt, auch wider der Mütterlichen Groß-Eltern solcherley Disposition, *L. 29. §. 1. ff. de inoff. test. junct. l. 2. l. 7. und. cognat. l. 15. C. ad SCt. Orphit.* Was aber den Vater anlanget, so sind zwar die Bastarte und unächten Kinder nicht alle von einerley Art: denn die vulgo quæsiti, welche eine öffentliche Land-Hure aufgelesen hat, diese haben auch natürlicher Weise keinen gewissen Vater, so wenig, als die jungen Hunde und Katzen, wohin auch die Findlinge gehören: und also weiß man auch kein Testamentum paternum inofficiosum anzutreffen, welches mit der Querela inofficiosi anzufechten wäre. Hernachkommen die Affections- und Jungfer-Kindergen, da die Mutter zwar von keinem andern Manne weiß, und der Vater gewiß genug ist; weil sie aber mit der Mutter ihre Abfindung erhalten haben, so dürffen sie auch nicht weiter Papa ruffen noch von ihm Brod heischen, und also gehet auch diese das väterliche Testament nichts an. Endlich giebt es de Jure Civili auch natürliche Kinder, so ausser der Ehe, nehmlich von einer Concubine oder Kebsweibe erzeuget sind, und naturales in specie nach dem Römischen Recht genennet wer-

werden; und diese erben zwar ab inteſtato einen gewiſſen Antheil; aber mit der Querela inofficioſi teſtamenti dürffen ſie nicht angeſtochen kommen, *arg. Novell.* 18. *c.* 1. *in fin. Auth. licet patri. C. de natur. liber.* SCOTAN. *diſp.* 1. *th.* 3. STRUV. *ex.* 10. *th.* 16.

b) Aus der Coffé-Taſſe.

Reſp. Mit denen erſten beyden Sorten der unehlichen Kinder möchte es wohl ſeine Richtigkeit haben; aber mit denen Concubinariis, welche in legibus καῒ ἐξοχὴν naturales genennet werden, möchte es noch wohl einig Bedencken geben. Sie ſind gleichwohl leibliche Kinder, natürlicher Weiſe gewiß, und wenn wir abſtrahiren a legibus poſitivis, ſo kan man auf eine gewiſſe Zeit im Eheſtande mit einander leben. Es geben ihnen auch die Römiſchen Rechte eine gewiſſe Erb-Portion ab inteſtato, welche Juſtinianus nicht abgeſchaffet oder ihnen benommen hat. Wann nun dieſe armen Kinder wider ihren Vater nichts verſchuldet haben, ſo ſcheinet es gleichwohl auch ſehr hart und unbillig, wenn ſie der Vater auch von ſolcher wenigen Erb-Portion, wider ſeine Pflicht ausdrücklich ausſchlieſſen und enterben will. Es mögen demnach CUJACCIUS *in Novell.* 18. *pag.* 566. und ZOESIUS *ad tit. ff. de inoff. teſt n.* 10. wie ſie STRUVIUS in contrarium anführet, nicht gar zu unrecht haben.

XXIV. Gout.

Wenn die Eltern ein pflichtloses Testament der Kinder umgestossen haben: hilft es denn auch denen Geschwistern etwas, daß diese hernach zugleich nebst denen Eltern ab intestato succediren können:

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Nein, keinesweges: weme die Querela inofficiosi testamenti nicht zukömmet, dem kan auch die Erbfolge ab intestato nicht angedeyhen: negata causâ negatur quoque effectus. Es käme auch gar absurd oder lächerlich (wie Struv. schreibet) und unvernünftig heraus: die Eltern solten erst auf ihre Kosten und Gefahr, durch einen mißlichen Proceß, die Pallisaten des widrigen Testaments übern hauffen werffen und aus dem Wege räumen, hernach wolte dieses Neben-Gesippe ohne allen Anstoß in die Verlassenschafft fein säuberlich mit hinein schleichen, wie die Katze über den fetten Fleisch-Topf. Und welches noch abgeschmackter heraus kömmet: zum Schaden derer Eltern, daß sie hernach mit denen Collateralibus sich in capita vertheilen müssen, da sie vor sich das Recht hätten, in lineas secundum proximitatem graduum zu succediren. Hinweg mit dieser fingirten Victoria non vincentium! Nicht allein das Sachsen-Recht ist diesem Figmento zuwider, wie STRYKIUS *in Not. ad Lauterb. comp. pag. 107. voc. his prodest.* meynet; sondern auch das Jus civile

vile commune will nichts von dieser victoria extensiva wissen. *arg. l. 63. de re jud.* Vid L. B. de LYNCKER *comm. ff. tit. de inoff. testam.* §. 8. & *analect. ff. eod. pag.* 99. BERGER. *resol. Lauterb. d. t. ad verba: victoria tamen eorum &c.* HVBER. *prælect. ff. d. t.* §. 9. & *in posit. ad ff. eod. tit. n.* 4 *seqq.* STRVV. *exerc. ff.* 10. *th.* 24. VIGILVS. *ad pr. Inst. de inoff. test. n.* 8. CVJAC. *ad Nov.* 84. *in fin.* TITIVS *obs. Lauterb.* 166. Dn. BOEHMER. *introduct. in jus Digest. L.* 5. *t.* 2. §. 19. *in fin. p. m.* 182. Conf. *infr.* 26. *Gout.*

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Ja, allerdinges kömmet die successio legitima denen Geschwistern zu statten, welches die rechte und gemeine Sentenz der Doctorum ist. Major propositio ist gantz richtig: negata vel cessante causâ cessat effectus: subsumiret aber nur recht: Atqui: rescisso testamento cessat & negatur causa impediendi successionem legitimam ab intestato. Ergo: Victoria parentum prodest fratribus germanis. *l.* 6. §. 1. *ff.* & *l.* 34. *C. de inoff. testam.* Und was will man viel von Absurditäten schwatzen? TITIVS *Observ. Lauterb.* 166. schreibet mit besserer raison: Videtur hoc insigne Legislationis Romanæ esse vitium, quod eos, qui æquale jus succedendi ab intestato habent, in jure movendi querelam disparaverit. Also stimmen der gemeinen Sentenz, daß die Geschwistere zugleich mit denen Eltern succedi-

cediren, billig bey VINNIVS. *ad* §. 1. *Inst. de inoff. testam. n.* 4. MYNSINGER *ad pr. Inst. d. t. num* 19. SCHNEIDEWIN. *ad* §. 1. *Inst. d. t. num.* 16. BACHOV. *ad Treutl. V.* 1. *D.* 13. *th.* 4. *lit.* LAVTERBACH. *colleg. ff. tit. de inoff. test.* §. 20. PRESSEL. *not. ad Lauterb. comp. h. t.* Quibus accedit Dn. COCCEJVS *jur. controv. h. t. Qu.* 15. ex hypothesi duplicis remedii, rescindentis & rescissorii.

XXV. Gout.

Wer bekömmet aber im ersten Fall, da die Geschwistere nicht mit succediren, deren Antheil?

a) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Hier sind die Doctores abermahl nicht einerley Meynung. Weil das Testament nicht pro parte, sondern gantz rescindiret wird, so ist wohl nach der Analogia juris die sicherste Sentenz, daß denen Eltern derer abgehenden Geschwistere Antheil jure accrescendi zufalle, und sie die gantze Erbschafft an sich ziehen und abfordern können, zumal da nach der bekannten Regul niemand zum theil intestatus, zum theil aber testatus mit Todte abgehen kan, wie Baro de LYNCKER *comm. ff. de inoff. test. & analect. contra* STRVV. *exerc.* 10. *th.* 23. erinnert. Gleichwie es auch in casu quorundum repudiantium also gehalten wird, *L.* 23. §. *ult. junct. l.* 17. *pr. h.* STRVV.

exerc.

exerc. 10. *th.*26. Dn. BOEHMER. *introd. in jus dig. h. t.* §. 16. *p. m.* 181.

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Es ist allhier keine conjunctio: worauf will sich denn das Jus acrescendi gründen? es ist auch die Querela inofficiosi nicht eingeführet, dadurch ein besonderes *Lucrum* zu erjagen, sondern nur das *Damnum* und die Schande der unrechtmäßigen Enterbung abzulehnen, und die Sache in den Stand zu setzen, wie sie wäre, wenn kein Testament aufgesetzet worden: *l.* 8. §. 8. *ff. de inoff. test.* da könten aber die Eltern nicht die gantze Erbschafft alleine prætendiren; und weil in Ansehung derer Geschwistere das Testamentum nicht kan pro inofficioso erkannt werden, so darff ja der eingesetzte Erbe deren sonst ab intestato zustehenden Portion nicht beraubet werden, sondern sie muß ihm unangefochten und unbenommen verbleiben, denn es ist eben nichts ungereimtes oder paradoxisches, daß einer ex post facto und ex accidenti pro parte testatus und pro parte intestatus versterbe. Vid. STRVV. *exerc.* 10. *th.* 23. HVBER. *prælect. ff. tit. de inoff. test.* §. 10. *ibique* THOMAS. *not.* B. SCHOTAN. *exam. ad d. t. vers. debetne.* SCOTAN. *disp.* 24. *th.* 12. TITIVS *observ. Lauterbach.* 166. LAVTERBACH. *concl. for. exerc.* 15. *concl.* 2.

XXVI. Gout.

Wenn der leibliche Bruder oder Schwester von doppelten Banden oder auch nur von våterlicher Seite das Testament wider einen unehrlichen Erben umstősset: Hilfft es denn denen Halb-Geschwistern von der Mutter oder denen Geschwister-Kindern auch etwas?

a) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Nein, es hilfft ihnen nichts; und erlediget sich diese Frage aus dem vorhergehenden 24. Geschmack der Thee Tasse ihrer Digestion. Vid. LYNCKER. *comm. ff. tit. de inoff. testam.* §. 8. & *analect. Inst. L. 2. t.* 18. *rubr*, *it. ad ff. d. t. pag.* 99 STRVV. *exerc.* 19. *th.* 24.

b) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Ja, es hilft ihnen allerdinges, und schmecket kråfftiger aus der Coffé-Tasse daselbst, wenn man zu denen allda befindlichen Gåsten auch den STRYKIUM hinsetzet *in not. ad Lauterb. comp. jur. pag.* 107. *voc. prodest. uterinis.* & *Us. Mod. ff. tit. de inoff. testam.* §. 5. *it. disp. de jur. fratr. c.* 5. *n.* 12. DONELL. *L.* 19. *c.* 10. *lit. C. D. ibique Hilliger.*

XXVII. Gout.

Wann der Bruder oder Schwester selber nicht ehrlich ist: Kan er dennoch das Testament als pflichtloß anfechten und umstos-

stossen, worinnen eine unehrliche Person zum Erben eingesetzet ist?

a) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Nein, er, der Bruder oder Schwester von dergleichen Gelichter, kan das Testament nicht anfechten, viel weniger gar umstossen, *L.* 11. *C. de inoff. test. arg. l.* 27. *ff. eod. l.* 47. *solut. matrim.* Dahero GOTHOFREDVS und andere *DD. ad d. l.* 11. C. diese Regul machen: Die Mores oder Laster, womit du selbst behafftet bist, dieselben kanst du an andern nicht tadeln. Würde es nicht artig lauten, wenn der Kläger zum Beklagten sagte: Du Hure! du Dieb! was machest du mit meines Brudern Erbschafft? und diese antworteten: Du Ehebrecher! du Blutschänder! du Kirchen- oder Strassenräuber! was gehet es dich an? zopfe dich nur selber erst bey deiner Nase! Vid. PEREZ. *in cod. de inoffic. testam. n.* 11. VINN. *ad* §. 1. *Inst. de inoff. test. n.* 6. MERLIN. *de legitim. L.* 1. *t.* 2. *qu.* 13. *n.* 36. CVCH. *de legitim. in præf. in* 1. *lim. vers. item oportet.* THESAVR. *decis.* 126. *num.* 5. HONDEDAE. *Vol.* 2. *Consil.* 47. *n.* 12. *Aug.* BARBOSA *ad L.* 11. *C. de inoff. test. n.* 6. & *ad L.* 27. *C. eod. n.* 35. LAVTERBACH *concl. for. ex.* 15. *concl.* 3. *lit.* C. & *disp. de sing. fratr. jur. m.* 2. §. 24. *Ejusd. Filius Colleg. ff. tit. de inoff. testam.* §. 22. L. B. de LYNCKER *comm. ff. d. t.* §. 8. *Struv. exerc.*

7. th. 17. *n.* 3. BERGER. *resolut. Lauterb. tit. de inoff. test. qu.* 1. STRYK. *not. ad Lauterb. pag.* 107. *voc. præferantur.* BOCER. *cl.* 3. *disp.* 3. *th.* 58 *lib. b.* PEREGRIN. *de fideicom. art.* 36. *n.* 52. FREHER. *de existim. c.* 29. *n.* 12. *sq.* VASQV. *de success. L.* 1. §. 10. *n.* 607. DONELL. *L.* 16. *c.* 15. BRVNNEMAN. *ad L.* 11. *C. de inoff. testam. n.* 4. *seqq.* Dn. COCCEJ. *jur. controvers. l.* 5. *t.* 2. *Qu.* 12.

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Ey, Bruder und Schwester sind doch einander näher, als ein frembder Erbe; und da der Testirer sich dessen nicht geschämet, so hat er auch aus des Bruders oder der Schwester Schandflecklein kein grosses Werck zu machen. Es ist daher kein Wunder, daß STRVVIVS hiernechst auf andere und bessere Gedancken gerathen, (nam posteriores cogitationes semper sunt meliores) wenn er *exerc.* 10. *th.* 18. hautement schreibet: sed quid si frater præteritus etiam infamia vel levi macula laboret? Nihilominus querelam ipsi competere existimamus, *arg. d. l.* 27. *junct. Nov.* 22. *cap.* 47. Und diese Meynung dörffte noch mehr Platz finden, wenn der Testirer den eingesetzten Erben vor eine honnette Person gehalten, und von dessen Schandfleck und Verlust seines ehrlichen Namens selber nichts gewust hätte.

XXVIII. Gout.

Hat denn das *Successorium Edictum* auch bey der Querela inofficiosi testamenti statt?

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Hier ist der Unterschied in acht zu nehmen: in unterschiedenen Ordnungen und deren Personen hat es statt, z. E. wenn der Sohn oder Tochter des Testirers in ordine descendentium nicht queruliret, so kan es in ordine ascendentium Vater oder Mutter thun; stehen diese davon ab, so können die Geschwistere in der Neben-Linie wider einen unehrlichen Erben sich regen, *L.* 14. *l. pen. pr. ff. de inoff. testam.* in einerley Ordnung aber hat es quoad successionem graduum nicht statt, per *L.* 34. *in fin. C. d. t. arg. l. 6. pr. vers. cum nec exheredari. ff. de injust. rupt. irrit. test.* LAUTERBACH. *colleg. ff. l. 5. t. 2.* §. 23. *& Comp. ff. pag. mihi* 108. *ibique* STRYK. *not.* PRESSEL. *not. ibid.* STRUV. *exerc.* 10. *th.* 19. LYNCKER. *analect. ff. l. 5. t. 2. pag.* 99. *& comm. ff. d. t.* §. 9. RUBEUS. *tr. de querel. inoff. test. cap.* 9. BACHOV. *ad Tr. V.* 1. *d.* 13. *th.* 5. ZOES. *ad ff. de inoff. test. n.* 64.

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. In der Sache selbst will zwar der Hr. COCCEJ. *Qu.* 17. *de inoff. testam.* in seinem *Jure controverso* nicht widersprechen; er negi-

ret aber, daß solches nach dem successorio edicto herzuleiten sey, welches der Prætor nur auf die *Gradus*, allwo es ja negiret wird, nicht aber auf die *Ordines* appliciret habe. Allein auch quoad successionem graduum geben andere dem edicto successorio Platz. Vid. VINNIUS *L.* 1. *sel. qu.* 2. DONELLUS *L.* 19. *c.* 7. *ibique* HILLIGER. wenigstens inter suos heredes, wie TREUTLERUS *Vol.* 1. *disp.* 13. *th.* 5. behauptet.

XXIX. Gout.

Wird denn desjenigen sein Antheil, welcher die Enterbung verdienet hat, auch mit gerechnet? und bleibet derselbe beym eingesetzten Erben, oder accresciret denen andern Querulanten?

a) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Die Doctores sprechen: justè exheredatus *partem facit*, und sein Antheil bleibet bey dem eingesetzten Erben, und wächset denen übrigen Querulanten nicht zu, *arg. l.* 8. §. 8. *l.* 17. *pr. junct. l.* 19. *de inoff. test.* denn in Ansehung seiner kan das Testament nicht als inofficiosum angesehen werden, und also darff es der eingesetzte Erbe nicht entgelten; quod juris est in toto, idem juris est in parte. STRUV. *exerc.* 10. *th.* 27. *junct. th.* 32. LAUTERBACH *colleg. ff. tit. de inoff. test.* §. 24. COCCEJ. *jur. controv. d. t. Qu.* 18. VINN. *L.* 1. *sel. quæst.* 21. Conf. HILLIGER *ad Donell. L.* 19. *c.* 10. *lit. a.*

b.) Aus

b,) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Mir will das Ding nicht in den Kopf, spricht STRYKIUS *in Not. ad Lauterb. comp. p. m.* 108. *voc. partem facit.* und halte das contrarium vor besser gegründet; denn ein solcher Enterbter wird ja nach der gemeinen cantilena pro mortuo gehalten: wie kan denn auf eine solche fingirte Leiche egard genommen werden? CARPZOV. *P.* 3. *c.* 10. *d.* 12.

XXX. Gout.

Kan denn ein Soldaten-Testament, zumal wenn es jure communi oder nach der gemeinen solennen Art gemachet ist, durch die Querelam inofficiosi angefochten und umgestossen werden?

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Dieses Privilegium haben die Soldaten, daß ihr Testament durch die Querelam inofficiosi nicht darff angefochten, viel weniger umgestossen werden, es mag jure militari, oder jure communi errichtet seyn, *L.* 9. *l.* 24. *C. de inoff. testam.* Und dieses Privilegium ist weder Jure Novellarum, noch moribus nostris, bis dato nicht aufgehoben, Vid. L. B. de LYNCKER. *analect. Inst. L.* 2. *t.* 11. *pr. & ad ff. tit. de inoff. test. th.* 39. *it. comm. ff. d. t.* §. 14. STRUV. *exerc. ff.* 10. *th.* 39. LAUTERBACH *colleg. ff. tit. de inoff. test. th.* 27. *& comp. ff. d. t.*

d. t. pag. 108. *voc. militis. ibique* STRYK. *not.*

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Bey einem Testament, welches jure militari als ein privilegiatum, kan man diese Meynung, als etwas singulaires, wohl passiren lassen; aber von einem Testament, welches jure communi gefertiget ist, will ichs nicht glauben, daß die Querel nicht anschlagen solte: also krähet der HAHN. *ad Wes. tit. de inoff. test. Num.* 9. Ja heut zu Tage ist dieses Soldaten-Privilegium gantz und gar aus der Mode und in Abgang kommen, wie SCHILTERUS in seiner *Praxi Juris Rom. exerc. ff.* 38. §. 113. zu erkennen giebet.

XXXI. Gout.

Hat denn diese Immunität a Querela in officiosi auch statt in eines filiifam. pagani Testamente, wenn er über sein Peculium quasi castrense disponiret hat?

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Vor diesem war es wohl also gehalten, per *L. fin. C. de inoff. test.* Allein Justinianus hat durch das Jus novissimum, nehmlich per *Novell.* 115. *cap.* 4. *junct. Nov.* 123. *cap.* 9. einen grossen Strich durch diese Freyheit gemachet, wenn sie contra officium pietatis gemißbrauchet wird, worwider sichs nunmehro allerdinges queruliren lässet, wie STRUVIUS

exerc.

exerc. 10. *th.* 39. mit dem BVSIO *ad L.* 1. *de testam.* FACHINAEO 6. *controv.* 74. PEREZIO *ad Cod. tit. de inoff. test. n.* 16. statuiret, und ihme beystimmet LYNCKERVS *analect. Inst. L.* 2. *t.* 18. §. 1. & *comm. ff. L.* 5. *t.* 2. §. 14. PAGENSTECHER *sicilim. ad Lauterb. manip.* 4. *ad p.* 108. STRYK. *not. ad Lauterb. d. p.* 108. *voc. filiifam.* & *Us. Mod. ff. tit. de inoffic. testam.* §. 14.

b.) Aus der Coffè-Tasse.

Resp. Ey Possen! die *Novella* 123. *cap.* 19. redet nur in specie von des Clerici peculio quasi castrensi, und kan auf die andern derer Laicorum nicht extendiret werden. Die andere *Novella* 115. *c.* 4. ist viel zu generel, als daß sie sich solte auf die privilegia specialia peculii castrensis vel quasi castrensis appliciren lassen; viel weniger kan sie die force haben, sothanen privilegiis enixis zu derogiren. Ich trete demnach zu denenjenigen, welche das privilegium *Legis ult.* §. 1. *C. de inoff. test.* noch heut zu Tage vertheidigen, daß nehmlich eines Filiifam. sein Testament, worinnen er über sein Peculium castrense vel quasi castrense disponiret hat, per Querelam inofficiosi mit Bestande Rechtens nicht könne angefochten, viel weniger umgestossen oder rescindiret werden. Also hält über die Analogiam Juris der unvergleichliche LAVTERBACHIVS *in colleg. ff. tit. de inoff. testam.* §. 28. & *exerc.* 15. *conclus. for.* 6. *lit. b.* Dn. COCCEJ. *jur. controv.*

tit.

tit. de inoff. test. Qu. 19. BERGER. *resol. Lauterb. d. t. quæst.* 2.

XXXII. Gout.

Werden denn heut zu Tage auch in dem Fall, wenn die Geschwistere wider einen unehrlichen Erben das Testament rescindiren lassen, die Legata, fideicommissa, und andere Capitula accessoria erhalten? oder fällt der gantze Plunder übern Hauffen?

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Ja, es wird nur die Erb-Einsetzung, wiewohl auch ultra, und nicht nur quoad legitimam rescindiret, und bleiben die Vermächtnisse, Fideicommissa, und andere Capitula, so die inofficiosam institutionem nichts angehen, in salvo, *arg. Nov.* 115. *c.* 3. *in fin.* & *c.* 4. *in fin.* Denn es käme ja sehr abgeschmackt heraus, wenn die Geschwistere solten in grösserer Avantage sitzen, als die leiblichen Kinder oder Eltern in lineâ rectâ. Es ist demnach dieses keine interpretatio *extensiva* legis novæ correctoriæ, sondern nur *comprehensiva*, per rationem similem vel majorem æquitatis legalis. Dieser richtigern Meynung ist STRUVIUS *exerc. ff.* 10. *th.* 22. Georg. FRANZKIUS *comm. ff. tit. de inoff. test. n.* 84. PEREZIUS *ad Cod. d. t. num.* 12. *seq.* Dn. COCCEJ. *jur. controv. d. t. Qu.* 11. Dn. LEYSER. *med. ad ff. specim.* 93. *corollar.* 2.

b.) Aus

b.) Aus der Coffè-Tasse.

Resp. Wir bleiben bey der Regul, daß ein Lex nova correctoria sive derogatoria muß strictè interpretiret, und nicht ad disparata gezogen und appliciret werden, *arg. l. 27. C. de testam. l. 32. in fin. C. de appellat.* Da sich nun nicht findet, daß *L. 8. §. 16. l. 13. l. 28. ff. de inoff. test.* durch das Novellen-Recht aufgehoben sey in linea collaterali, so treibt uns keine Noth darzu, daß wir unser Refugium zu neuen Reformations-Gesetzen nehmen, sondern halten beständig dafür, daß nach dem axiomate analogico es heisse: destructo principali tolluntur accessoria, und daß also die Geschwistere mit ihrer Querel noch bis dato den gantzen Plunder zu Boden schmeissen. Vid. RIEMER *dec. 7. qu. 2.* FIBIG. *ad exerc. Franz. 6. qu. 5.* BACHOV. *ad. pr. Inst. de inoff. test. n. 7.* ZOES. *ad tit. de inoff. test. n. 41.* und noch viele andere, welche Joh. Per. SVRD. *tr. de alim. tit. 8 priv. 95. n. 4.* anführet Alex. LVDOVIC. *decis. Rot. Rom. 271. n. 6.* GAIL. 2. *Obl. 113. n. 7.* Francisc. VIVES. *lib. 3. decis. 420. n. 18.* Cæs. URSIL. *in addit. ad Matth. de Afflict. decis. 125. n. 3. & decis. 204. n. 1.* M. Ant. PEREGRIN. *de fideicom. art. 36. n. 48.* LAVTERBACH. *disp. de sing. fratr. jur. m. 2. §. 21.* CLARVS. *§. testamentum. qu. 50. n. 2.* FREHER. *tr. de existimat. L. 3. cap. 29. n. 6.* Quis potest resistere tot armatis?

XXXIII.

XXXIII. Gout.

Wird denn nach dem Recht der Novellen nur die Erbeinsetzung rescindiret, wenn die Descendenten oder Ascendenten Querelam inofficiosi anstellen und ausführen?

a.) Aus der Thee Tasse.

Resp. Ja, JUSTINIANUS hat in der *Novella* 115. *c.* 3. *in fin.* & *c.* 4. *in fin.* es dahin geordnet, daß in der geraden Linie der Eltern und Kinder nur die Erb-Einsetzung, durch welche das officium pietatis ist verletzet worden, soll umgestossen werden; die Vermächtnisse und andere Neben-Ordnungen aber behalten ihre Krafft, weil diese nicht wider des Testirers officium streiten; wann nur sonst das Testament seine richtige Form und requisita juris communis hat. Vid. STRUV. *exerc.* 10. *th.* 22. & *exerc.* 32. *th* 32. *ibique Evolut.* Dn. COCCEJ. *jur. controv. tit. de inoff. test. Qu.* 8. Rationem diversitatis inter jus vetus & novissimum giebet zu erkennen der bekandte TITIUS *observ. Lauterb.* 170. LAUTERB. *colleg. ff. tit. de inoff. test* §. 31 Und dieses ist auch zu verstehen von der Querela nullitatis *speciali* ob non rite factam *exheredationem*, Vid. STRUV. *d. th.* 22 RICHTER *decis.* 50 LYNKER. *comm. ff. L.* 5. *t.* 2. §. 13. & (sub nomine *Nicei*) *ad Stryk. de act. investig. S.* 2. *m.* 3. *§.* 19. *num.* 4036. *seq.* CARPZOV. *P.* 3. *c.* 9. *d.* 3. *sq.* & *l.* 6. *Resp.* 113. *n.* 2. *sqq. junct. Resp.* 7. *n.* 8. *sq.* & *Resp.* 10. *n.* 10.

b.) Aus der Coffé - Tasse.

Resp. Die Sache möchte an sich wohl richtig seyn, wenn nur heut zu Tage nach denen eingeführten und angezogenen Novellen annoch eine Querela inofficiosi testamenti übrig wäre, durch welche das Testament rescindiret würde. Es ist kein casus dabilis, wie mit folgenden rationibus zu demonstriren ist: zum fundament eines syllogismi cornuti stehet die Regul, daß niemand die Querelam inofficiosi testamenti anstellen kan, als ein schimpfliches remedium *subsidiarium*, wann er sonst durch eine ordentliche Klage zu der Erbschafft gelangen kan, §. 2. *Inst. de inoff. test. l. ult. C. de lib. præt.* ibi: *ultimum adjutorium.* Denn diese Querel wird contra *verecundiam naturæ* gegeben, und rücket Eltern oder Kindern gleichsam vor, ob wären sie gottloß und toll oder unsinnig gewesen. Da man nun nach angezogenen Novellen heut zu Tage allzeit durch sein ordentliches remedium zur Erbschafft, oder doch zu seinem gebührenden Pflichttheil gelangen kan, so folget nothwendig, daß die verfängliche Querel gar nicht mehr statt; hat diese nicht statt, so heisset es: negata causa cessat effectus, nehmlich das Uberbleibsel der Vermächtnisse und anderer angehengten Schwäntzgen: und also fällt die gantze Frage auf einmahl zu Boden. Daß aber nunmehro allezeit ein remedium ordinarium vorhanden sey, solches kan man per inductionem folgender massen darthun: Entweder

der sind die Kinder oder Eltern zu Erben eingesetzet oder nicht; im ersten Fall haben sie keine Querelam inofficiosi, und wenn sie zu wenig haben, müssen sie das supplementum legitimæ per condictionem *ex lege* 30. *C. de inoff. testam.* fordern. Jn andern Fall sind sie entweder übergangen mit stillschweigen, so ist das gantze Testament null und nichtig; oder sie sind enterbet, expressè oder tacitè; (wohin die mütterliche Ubergehung zu rechnen ist,) und zwar ist entweder keine Ursach der Enterbung beygefüget, so ist das Testament an sich ungültig, per *Novell.* 115. *c.* 3. & 4. und wird nicht per Querelam inofficiosi, sondern nullitatis angefochten; oder die Ursache stehet darbey, ist abermahl falsch, so ist abermahl das Testament an sich null und unbeständig, und brauchet nicht erst rescindiret zu werden, *d. Nov.* 115. *c.* 3. & 4. oder dieselbe ist wahr und erweißlich, so kan das Testament ohnehin nicht rescindiret und umgestossen werden; es werden aber die Kinder oder Eltern keine solche Narren seyn, daß sie die Enterbungs-Ursach vor wahr oder auch nur vor wahrscheinlich einräumen, mithin werden sie niemahls Querelam inofficiosi anstellen und dadurch die Probabilität tacitè zugestehen, sondern sie gründen ihre Klage so fort in falsitate causæ, und dieses ist ja ipsa querela nullitatis, und nicht querela inofficiosi. Vid. PAGENSTECHER *Aphor. Justin.* L. 2. *aph.* 135. & *in sicilim. ad Lauterb. manip.* 3. *p. m.* 58. *sq.*

it.

it. in Irner. injur. vapul. coit. 6. SUTHOLT. *Diss.* 9. *caph.* 66. SVENDENDOERFFER. *summar. expos. act. c.* 2. *S.* 3. *m.* 14. §. 6. STRYK. *not. ad Lauterb. p.* 108. *voc. institutionem tantum & de Act. invest. S.* 2. *m.* 3. §. 19.

XXXIV. Gout.

Wird denn die Exceptio inofficiosi testamenti auch in fünff Jahren verjähret oder præscribiret?

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Nein, sie wird nicht in so kurtzer Zeit verjähret, sondern kan in und nach 30. Jahren dem eingesetzten Erben und seiner angestellten Testaments-Klage entgegen gesetzet werden, *arg. l.* 8. §. 13. *ff. de inoff. test.* L. B. de LYNCKER. *comm. ff. tit. de inoff. test.* §. 2. denn ob schon die Klage tanquam odiosa nur in 5. Jahre eingeschrencket ist; so haben wir doch eine Regul, die lautet also: quæ ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum perpetua, *C. si autem X. de rescript. ibique* PANORM. & FELIN. *l.* 5. *l.* 6. *C. de except.* denn alle Exceptiones sind von Natur immerwährend, *l.* 5. §. *fin. ff. de dol. mal. except. ibique* CUJAC. WESENBEC. *paratit. tit. de except. n.* 12. & 1. *consil.* 42. *n.* 26.

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Ja, wenn wir nicht ein stärckeres

 Axio-

Axioma Juris hätten, welches also klinget: Quæcunque exceptio opponi potest per modum actionis illa non est perpetua, STRYK. *ad Barbos. thesaur. axiomat. L. 5. c. 27. de except. ax.* 10. Dieweil der Excipiens sich selber beyzumessen hat, daß er sich mit seiner Exception nicht eher in Gerichten regen wollen. Und hieher referiret eben das Exempel von der querela inofficiosi STRYKIUS *cit. loc.* nicht minder LAUTERBACH. *colleg. ff. tit. de inoff. test.* §. 33. HERBAJUS, *c.* 10. *rer. quotid.* item *Marpurgens.* 3. *cons.* 9. *n.* 32. Es ist demnach vor eine kluge Cautel in acht zu nehmen, daß die Kinder oder Eltern, ob sie schon die Erbschafft in Besitz haben, dennoch auch innerhalb denen 5. Jahren de inofficioso gerichtlich protestiren, *arg. l.* 14. §. *J. C. de non num. pecun.*

XXXV. Gout.

Ist denn die Legitima, das Pflichttheil, Juris Naturalis, oder Juris Civilis?

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Von der *Legitima* überhaupt finden sich feine specialia beym LEYSERO *medit. ad ff. specim.* 91. *per tot. de gravamine* ejus illegitimo, vid. EUND. *d. l. spec.* 92. Wenn wir dieselbe *formaliter* betrachten, nehmlich nach der *Quantität*, wie viel es seyn müsse? und nach dem *Modo*, auf was Art und Weise das Pflichttheil denen Kindern oder Eltern zu be-

schei-

scheiden sey? Jst die Legitima juris civilis Sehen wir sie aber nur an sich materialiter an. daß es nehmlich nach der gesunden Vernunfft recht und billig sey, daß man von seiner Erb- und Verlassenschafft seinen leiblichen Kindern oder Eltern etwas verlassen solle: so ist dieselbe als ein Dictamen Juris Naturalis zu achten. Vid. STRUV. *exerc.* 10. *th.* 10. *junct. th.* 7. *seqq.* L.B. de LYNCKER *comm. ff. tit. de inoff. testam.* §. 17. LAUTERB. *comp. & colleg. ff. d. t.* §. 35. Dieser Meynung ist auch der Herr COCCEJUS *jur. controv. L.* 5. *t.* 2. *Qu.* 25. so viel die Kinder anlanget.

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Ja, wenn unter der Legitimâ die benöthigten Alimenta verstanden werden, so bin ich auch der Meynung, spricht STRYKIUS *in Not. ad Lauterb. comp. p. m.* 109. *voc. materialiter & Us. Mod. ff. tit. de inoff. test.* §. 17. Wenn aber die Kinder erzogen sind, und dieselben oder auch die Eltern, sonst ihr Auskommen haben, und sich selbst versorgen können, so bin ich gantz anderer Meynung, (fähret er fort,) sonst dürffte ja bey solchem Fall ein Soldat, welcher nicht Exlex von dem Jure naturali, sondern auch daran gebunden, seine Kinder oder Eltern nicht enterben, cessante querela inofficiosi, *l.* 9. *l.* 24. *C. de inoff. test.* Und was der Eltern ihr Pflichttheil betrifft, so will es dem juri naturali auch nicht zuschreiben COCCEJUS. *d. qu.* 25. *cum suo Parente*

lect. ad Grot. L. 2. c. 7. §. 5. allwo er sich auf GAILIVM 2. *O.* 122. *n.* 16. *DD. ap.* MYNSINGER *c. 6. Obs.* 43. *pr.* BRVNNEM. *ad L. 7. ff. si tabb. test.* GART. *post. p.* 1. *qu.* 42. *n.* 42. beziehet. Also schreibet auch Dn. LEYSERVS. *medit. ad ff. specim.* 91. *medit.* 3. generaliter: *Jus naturæ legitimam ignorat.* und beziehet sich anbey auf TITII *obs. Lauterb.* 172. und GRIBNERI *princip. jurispr. nat. L.* 4. *c.* 6. §. 5.

XXXVI. Gout.

Ist denn die Legitima, das Pflichttheil, pars hereditatis, oder pars bonorum?

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Weil die legitima titulo institutionis muß verlassen werden, die Institution aber und deren titulus einen Erben oder hæredem machet: so ist dieselbe freylich mehr pro *Quota hæreditatis* zu achten, als pro quota bonorum; sie wäre denn in *re certá*, oder *deductô are alienô* beschieden. Also setzet die Regul, *si simpliciter* est relicta, mit denen beyden limitationibus BACHOVIVS *ad Treutl. V.* 1. *D.* 13. *th.* 12. *lit. B. & tr. de Action. D.* 2. *th.* 17. *lit. A.* und mit ihm LYNCKERVS *comm. ff. L.* 5. *t.* 2. §. 19. Den effect dieser Frage zeiget der Herr COCCEJVS *jur. controv. L.* 5. *t.* 2. *Qu.* 31. Conf. CARPZOV. *P.* 3. *c.* 14. *d.* 25. DECKHERR. *Relat. Camer.* 1. *n.* 37. 64. & 66.

LAV-

LAUTERBACH *colleg. ff. tit. de inoff. test.* §. 45. STRUV. *exerc.* 10. *th.* 33. FRANZK. *comm. ff. tit. de inoff. test. n.* 36. & 48. Vide pro hac sententia argumenta ap. FACHINAE *L.* 12. *controv. c.* 4. VASQV. *de success. L.* 2. §. 20. *p.* 4. *n.* 211. DUAR. *comm. ad tit. ff. de acquir. hered. c.* 6. CORAS. *in L.* 3. *C. de impub. & al. substit.* DECIAN *L.* 1. *cons.* 6. *n.* 14. *seqq. & L.* 2. *consil.* 32. *n.* 3. *sq.* CHIFFLET. *de port. legit. c.* 12. SUTHOLT. *diss.* 9. *aph.* 72. ZOES. *ad ff. tit. de inoff. test. n.* 11. & 12. VINN. *L.* 1. *qu.* 22.

b) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Ey, was solte es quota hereditatis seyn! die legitima ist und bleibet *quarta bonorum*, oder nach dem Novellen-Recht triens vel semis. Dieses statuiren mit bessern Grunde SICHARDUS *ad auth. novissima. C. de inoff. testam. n.* 3. Pet. Gregor. THOLOSAN *in syntagm. jur. univ. L.* 42. *c.* 2. *n.* 9. VIV. *comm. opin.* 199. *A.* CUCHUS *tr. de legitim. cap. legitima est quota bonor. &c.* Ant. FABER 14. *error. pragm.* 6. IDEM *in C. S. tit. de inoff. test. def.* 6. & *passim.* Bart. KELLENBENZ. *de renunc. success. qu.* 73. *n.* 18. GAIL. 2. *Obs.* 19. 12. & *Obs.* 20. *n.* 2. HUNN. *in Resol ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 13. *qu.* 33. BOER. *dec.* 24. *n.* 12. VAUD. 1. *qu.* 5. & *qu.* 52. CAGNOL. *in l.* 8. §. 4. *ff. de inoff. test. n.* 11. *sqq.* GILKEN. *in auth. novissima. C. de inoff. test.*

 n. 5.

n. 5. seqq. MENOCH. *de adipisc. poss. rem. 4. n.* 162. HILLIGER *in Don. enucl. l. 19. c. 4. lit. ee.* LEYSER. *medit. ad ff. specim. 91. med. 4.*

XXXVII. Gout.

Können denn auch die Enckel oder Kindes-Kinder ein Pflichttheil prætendiren?

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Warum das nicht? zumahl wann sie noch bey Leb-Zeiten des Groß-Vaters an des verstorbenen Vaters Stelle treten, *Nov. 118. c. 1. verb. quantum eorum pater, si viveret, haberet. L. 34. C. de inoff. testam.* SALICET. *in L. 2. C. de liber. præter.* BARTOL. *in l. 1. §. si sit nepos. ff. de collat. dot.* TUSCH. *tom. 7. conclus. 861. n. 5. & tom. 5. concl. 182. lit. L.* CRAVETTA *consil. 964. n. 33.* MARESCOTT. *var. resol. L. 1. c. 105. n. 48.* Marc. CUCHUS *tr. de legitima.* Hartm. HARTMANN *L. 2. t. 43. obs. 4. n. 7. sq.* MERLIN. *de legitima L. 1. t. 2. qu. 10. per tot.*

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Und wenn eurer noch so viel wären, so bin ich doch widriger Meynung, spricht MENOCHIUS *l. 6. præsumt. 189. n. 15.*

XXXVIII. Gout.

Ist denn das Pflichttheil oder die Legitima auch in der aufsteigenden Linie un-

ter

ter denen Eltern und Groß-Eltern vermehret?

a.) Aus der Thee Tasse.

Resp. Daß in Linea ascendente bey denen Eltern und Groß-Eltern sowohl, als bey denen Kindern das Pflichttheil durch die *Novellam* 18. c. 1. erhöhet sey, ist nicht zu leugnen, und also mögen 1. 2. 3. oder 4. Ascendenten ejusdem gradus vorhanden seyn, so müssen sie, an statt des ehemahligen vierdten, nunmehro den dritten Theil der Erbschafft zur legitima haben: denn der Imperator redet generaliter von allen, welche querelam inofficiosi anstellen konten, in Ermanglung des Pflichttheils, unter welche auch die Eltern zu zehlen seynd, per *l.* 15. *ff. de inoff. test.* Hiernechst bringet es auch die natura correlativorum also mit sich, daß dasjenige, was denen Kindern billig ist, auch denen Eltern recht seyn muß. Vid. RICHTER *P.* 1. *decis.* 52. *n.* 3. Paul. de CASTRO *vol.* 2. *consil.* 253. *vers. in quarto casu.* ALEXANDER *vol.* 6. *consil.* 197. *n.* 4. & *vol.* 1. *consil.* 140. *in fin.* DONELL. *comm. L.* 19. *c.* 4. Fr. de BARRY *de success. L.* 16. *t.* 2. *n.* 3. *sq.* Lud. MOLINA *de J. & J. tom.* 1. *tr.* 2. *disp.* 189. *n.* 3. Pet. GUDELIN. *de jur. noviss. L.* 2. *c.* 7. ZOES. *ad tit. ff. de inoff. testam. n.* 83. *sq.* SCOTAN. *D.* 24. *th.* 14. STRUV. *exerc. ff.* 10. *th.* 13. *ibique* B. de LYNCKER *analect. & comm. ff. tit. de inoff. test.* §. 21.

pag. 38. *in fin.* LAUTERBACH *colleg. ff. d. t.* §. 43. STRYK. *Not. ad Lauterb. comp. p. m.* 110. *voc.* & *Fratribus* & *Us. Mod. ff. d. t.* §. 16. Dn. COCCEJ. *jur. controv. L.* 5. *t.* 2. *Qu.* 28.

b) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Ein Jus correctorium muß nicht extendiret, sondern restringiret werden; dahero lässet sichs von denen Kindern auf die Eltern, tanquam a separatis, gar schlecht argumentiren: denn bey denen Kindern hat Justinianus vernünftig erwogen, daß die armen Thiere nicht viel darvon bringen würden zu ihren Unterhalt, zumal wenn deren mehr als fünffe am Leben wären, da sie doch sonst der Testator parens standmäßig hätte unterhalten müssen, Vid. *d. Nov.* 18. §. *frequenter* 1. welche Raison aber bey denen Eltern cessiret, zumal da, turbato mortalitatis ordine, deren selten über 2. bis 3. ejusdem gradus proximioris übrig bleiben, vor welche der verstorbene Sohn oder Tochter ohnehin nicht hätte zu sorgen gehabt. Dahero auch der Titul und die Uberschrifft der Novelle nur der Kinder und Enckel erwehnet, derer Eltern aber mit keiner Sylbe gedencket; daß also auch das argumentum a rubro ad nigrum die interpretationem restrictivam urgiret. Es wollen demnach nicht glauben, daß die quarta legitimæ bey denen Eltern vermehret sey, SUTHOLT. *diss.* 9. *aph.* 33. VAUD.

L. I.

L. 1. *var. qu. c.* 50. Claud. de BATTANDIER. *tr. de Legitima c.* 4. *n.* 31, CORAS. *ad L.* 24. *C. fam. hercisc.* BROUCH. *L.* 1. *miscell. assert.* 39. VINNIUS *comm. ad* §. 3. *Inst. de inoff. testam. n.* 2.

XXXIX. Gout.

Könte sich auch wohl ein Casus ereignen, da der Eltern Legitima ad semissem oder auf die Helffte steigen würde?

a) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Wenn sichs zutrüge, daß der Testator noch fünff Groß-Groß-Eltern am Leben hinterliessen, und die Eltern und Groß-Eltern darzwischen alle verstorben wären; so wäre freylich der Casus vorhanden, da das Pflichttheil auch bey denen Ascendentibus die Helffte der gantzen Erbschafft austragen müste. Nachdem wir aber die Zeit nicht erlebet haben, da das menschliche Alter über 2. 3. oder 400. Jahre sich erstrecket, und also dergleichen Wunder-Fall niemand erleben wird, da nicht darzwischen noch jemand von denen Eltern oder Groß-Eltern am Leben wäre, welcher die remotiores excludirete; hingegen die Geschwistere mit denen Eltern und Groß-Eltern in der Querela inofficiosi niemahls concurriren, LYNCKER *analect. ff. pag.* 99. & *comm. ff. L.* 5. *t.* 2. §. 8. Vid. *supr.* 24. *Gout.* so kan sich der Fall schwerlich begeben, daß der Ascendenten Legiti-

gitima ad semissem steigen müste. COSTAL. *in L. 15 ff. de inoff. test.* TREVTLER. *V.* 1. *D.* 13. *th.* 13. *lit. C.* FRANZK. *comm. ff. tit. de inoff. test. n.* 32.

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Warum sollte sich der Fall nicht ereignen können? denn ob gleich nicht leichtlich fünff Eltern in gleichen Grad am Leben seyn können, welches doch eben von Natur so gar ohnmöglich nicht ist, wann sichs schon zu unserer Zeit so leicht nicht zutragen möchte; so ist doch der andere Fall desto öffter zu gewarten, da nebst 2. oder 3. Eltern noch 3. 4. und mehr Geschwistere zur Succeßion ab intestato concurriren, per *Nov.* 118. *c.* 2. welche mehr als 5. Köpfe ausmachen, und da würde ja die analogia juris auch etwas ad semissem operiren können, wie gar wahrscheinlich darfür halten STRVVIVS *exerc.* 10. *th.* 13. *ibique Evolut.* welchen approbiret Dn. COCCEJ *in jur. controv. L.* 5. *t.* 2. *Qu.* 28 Der Meynung ist auch LAVTERBACH *colleg. ff. tit. de inoff. test.* § 43. & *exerc.* 15. *concl. for. th.* 12. *it. disp. de singular. fratrum jur. m.* 2. §. 22. STRYK. *not. ad Lauterb. comp. p. m.* 110. *voc. & fratrib. & Us. Mod. ff. tit. de inoff. test.* §. 16.

XL. Gout.

Ist denn auch der Geschwister ihr Pflichttheil in der Novella 18. c. 1. vermehret und erhöhet worden?

a.) Aus

a) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Ausdrücklich zwar nicht, aber doch implicite und per bonam consequentiam, indem in *d. c.* 1. §. *ult. in fin.* JUSTINIANUS meldet, daß er allen Personen ihre legitimam wolle vermehret haben, denen in ältern Rechten die Querela inofficiosi zugestanden hat; nun aber haben auch die Geschwistere diese Querel gehabt, juxta *L. fratres C. de inoff. test.* Hierzu kömmet, daß die Legitima nur nöthig ist, wenn der Bruder oder die Schwester eine verleumbdte unehrliche Person zum Erben eingesetzet, und seinem Geschwister vorgezogen hat, in deren Odium der Lex surrogatoria Legitimæ zum Faveur der Geschwister billig zu extendiren ist: also wird das augmentum legitimæ auch denen Brüdern und Schwestern gegönnet, STRUV. *exerc.* 10. *th.* 13. LYNCKER *comment. ff. tit. de inoff. test.* §. 21. *pag.* 38. *in fin.* LAUTERBACH *colleg. ff. d. t.* §. 43. COCCEJ. *jur. controv. d. t. Qu.* 28. TUSCHUS *tom.* 5. *pract. concl. lit. L. concl.* 189. *n.* 1. FACHIN. *L.* 4. *controv. c.* 8. *vers. cæterum an idem.* KOEPPEN. *us. pract. Instit. L.* 2. *Obs.* 119. *n.* 7. STRYK. *not. ad Lauterb. comp. pag.* 110. *voc. & fratrum & Us. Mod. ff. tit. de inoff. test.* §. 16.

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Was? der Geschwister ihre Legitima solte vermehret seyn! wo stehet das geschrieben?

ben? Justinianus schnaubet nicht ein Wort davon, weder in rubro noch in nigro angezogener *Novelle* 18. c. 1. noch auch sonst wo im gantzen corpore juris. Die lieben Geschwister mögen immer vor lieb nehmen mit ihrer alten quarta legitima, wohin sie gewiesen werden von der alten GLOSSA *in auth. Novissima. in verb. titulo. C. de inoff. testam.* MERLIN. *de Legit. L.* 1. *c.* 3. *qu.* 4. BATTANDIER. *tr. de Legit. c.* 4. *n.* 32. ARUMAEUS *exercit. ad Instit.* 10. *th.* 21. SCHNEIDEWIN. *ad* §. *ult. Instit. de inoff. test. n.* 10. VINNIUS *comment. ad* §. 3. *Inst. de inoff. test. n.* 2.

XLI. Gout.

Wird denn derjenige, welcher rechtmäßiger Weise enterbet ist, auch mit unter die Zahl dererjenigen gerechnet, deren Legitima soll vermehret werden?

a) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Er wird freylich mit darzu gezehlet, damit er einen Theil mit ausmache, welchen aber der eingesetzte Erbe an sich ziehet und behält. Denn (1.) wird das Pflichttheil nach der succession ab intestato æstimiret, da denn extra testamenti causam der enterbete Sohn allerdinges concurriren würde; und also empfänget (2.) ein jedweder von denen übrigen Kindern seinen schuldigen Pflichttheil von seiner gehörigen Erb-Portion, die er sonst gantz bekäme, wenn

er

er sonst mit dem Enterbeten ab intestato succediret hätte, vid. *l.* 8. §. 8. *init. & in fin. ff. de inoff. testam. Nov.* 18. *c.* 1. des Enterbten Antheil aber nimmet (3.) billig der eingesetzte Erbe zu sich, sintemahl ihm solcher von dem testatore, indem er den Sohn mit Recht enterbet hat, im Testament richtig beschieden ist; ja wofern (4.) der Enterbte nicht mit gezehlet würde, die Enterbung zuweilen, wenn nehmlich der Testirer 5. Kinder hätte, denen übrigen Kindern zum Schaden gereichen würde, indem diese an statt der Helffte nur mit dem dritten Theile vor lieb nehmen müsten: welches denen Rechten nicht gemäß scheinet Conf. DONELLUS & HILLIGER *cum alleg. L.* 19. *c.* 9. & 10. A. VINNIUS *L.* 1. *qu.* 21. STRUV. *exerc.* 10. *th.* 32. B. de LYNCKER *comm. ff. tit. de inoff. test.* §. 21. *pag.* 38. *in med.* LAUTERBACH *colleg. ff. d. t.* §. 43. BACHOV. *ad Tr. V.* 1. *d.* 13. *th.* 15, WERNHER. *P.* 3. *Observ.* 82. COCCEJ. *jur. controv. L.* 5. *t.* 2. *Qu.* 29. *junct. Qu.* 18.

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Weg mit der theoretischen Analogia und der chimere grillisirter subtilitäten und augmentatio! Lasset uns eine pragmatische Regul setzen, welche auch nach des Struvii und Lynckeri Zeugniß in foro practiciret wird: Ein rechtmäßig enterbetes Kind ist vor eine abgestorbene Leiche zu achten. Hieraus folget der practicalische Schluß: Ergo non facit partem,

tem, und kan weder ad augendam, noch ad minuendam legitimam gerechnet werden. Und also wenn der Exheredatus gleich der fünffte wäre, so bleibet doch die legitima nur triens, und kommet die Ubermasse des semissis dem beschriebenen Erben zu gute; wenn aber derer Kinder zusammen, den Enterbeten mit eingeschlossen, nur 4. Personen ausmachen, so bekommen die andern 3. Kinder den gantzen Trientem, und wegen des exheredati bekömmet der eingesetzte Erbe nicht einen Quarck oder Pfifferling. Also ist in praxi gesprochen beym CARPZOV. *P.* 3. *c.* 10. *d.* 12. & 13. Und diese Meynung heget auch der Cameralist GAILIUS *L.* 2. *Observ.* 122. *n.* 18. BOERIUS *decis.* 104. *n.* 5. & 8. denen auch beytritt STRUVIUS *in Jurisprud. forens. L.* 2. *t.* 21. *aph.* 6. Add. BERLICH. *pract. concl.* 12. *n.* 9. *sqq.* FACHIN. 4. *contr.* 31. SCOTAN. *d.* 24. *th.* 15. BARRY *de success. L.* 16. *t.* 2. *n.* 5. TITIUS *obs. Lauterb.* 174. allwo er diese practicalische Regul aus dem *L.* 1. §. 5. *ff. de conjung. cum emancip. lib.* heraus gegraben hat.

XLII. Gout.

Wird denn derer Eheleuthe statutarische Portion auch, wie andere Schulden, von der Massa abgezogen, ehe und bevor man das quantum legitimæ ausrechnen kan?

a) Aus der Thee-Tasse.

Resp. So wohl de jure communi, als in

fore

forô Saxonicô, ist CARPZOVII Meynung *Lib. 6. resp.* 48 richtig, daß die statutarische Portion nicht wie andere Passiv-Schulden von der Massa bonorum abzuziehen, sondern mit zur Quota des Pflichttheils zu rechnen, und pro parte bonorum zu æstimiren sey, Vid. LYNCKER *comm. ff. L. 5. t. 2. §. 21. pag.* 37. *in med.* BRUNNEMANN *cent.* 3. *Dec.* 23. *n.* 8. *sqq.* Wann nur CARPZOV. in Formirung der Frage und deren Decision richtiger oder deutlicher sich expliciret hätte, wie TITIUS *observ. Lauterb.* 176. desideriret. Conf. STRYK. *not. ad Lauterb. p.* 110. *voc. conjugis & tr. de success. ab intest. Diss.* 4. *c.* 3. *th.* 59 *seqq. it. Us. Mod. ff. tit. de inoff. test.* §. 18. LEYSER. *medit. ad ff. specim.* 91. *med.* 5. WERNHER. *P.* 1. *Obs.* 190. *et P.* 3. *Obs.* 4. Statum causæ format et rationes refert *Dn.* COCCEIUS *jur. controv. L.* 5. *t.* 2. *Qu.* 32.

b) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Der Eheleuthe Statutarische-Portion ist vor eine Erb-Schuld zu achten, und muß also, wie andere Schulden von der Erbschafft abgezogen werden, ehe man das Pflichttheil ausrechnen kan. Denn die Statutarische Portion sind die Erben ex Legis dispositione schuldig, mithin wird sie vor allen als ein æs alienum oder Passiv-Schuld abgezogen, *arg. l.* 8. §. 9. *ff. de inoffic. test. l.* 31. *C. eod.* Hernach ist das Pflichttheil eine Portio Portionis ab intestato debitæ: Es wird aber allezeit denen

Kindern, wenn sie ab intestato succediren, die statutarische Portion als eine Erbschuld abgezogen, und also muß des CARPZOVS Assertion nur von der Observanz des fori Saxonici verstanden werden. Dieses ist des LAVTERBACHII Meynung in *Colleg. ff. tit. de in off. testam.* §. 46. und in *Conclusionibus forensibus exerc.* 15. *th.* 11. Conf. LEYSER. *med. ad ff. specim.* 91. *med.* 5.

XLIII. Gout.

Werden denn die Prælegata, was einem Kinde zum voraus vermachet ist, mit zum Pflichttheile geschlagen oder gerechnet?

a) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Was wäre denn dieß vor ein Vorvermächtnüß, welches mit einer Hand gegeben, und mit der andern wiederum genommen würde, wenn der Prælegatarius solches in sein Pflichttheil conferiren oder sich davon abkürtzen lassen müste? Die Prælegata sind dem oneri collationis nicht unterworffen, *l.* 12. *et seqq. C. de collat.* Und dieses lässet sich ex præsumta testatoris voluntate schliessen *l.* 39. §. 1. *ff. famil. ercisc. l.* 18 *C. eod.* Vid. MEV. *P.* 1. *Decis.* 84. SCHEFFER. *P.* 1. *qu.* 2. GOEDEN. Aus eben der Raison dürffen sie auch nicht zum Pflichttheile aezogen oder gerechnet werden, weil von der Collation auf das Pflichttheil pfleget geschlossen zu werden, BRVNNEMANN *ad L.* 29. *C. de inoff. testam.* STRVV. *exerc.*

10. *th.*

10. *th.* 35. *ibique Pet.* MULLER. *not. lit.* ζ. STRYK. *not. ad Lauterb. p.* III. *voc. profecta.* PRESSEL. *annot. Lauterbach. d. l.*

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Was ein Sohn aus des Vaters Güthern und letzten Willen bekommen hat, das muß er sich zum Pflichttheil anrechnen lassen' *L.* 8. *C. de inoff. test.* Nun aber sind die Vorvermächtnüsse aus des Erlassers Güthern und letzten Willen. Ergo: muß der Prælegatarius sich solche zum Pflichttheil anrechnen lassen. Conf. *l.* 25. *pr. ff. de inoff. test.* wenn er auch dieses Vermächtnüß schon beym Leben des Testatoris erhalten hätte; es wäre denn, daß er es als ein Geschenck unter Lebendigen behaupten könte; das Argumentum â Collatione ad Legitimam ist à baculo ad angulum, und reimet sich hieher gar nicht. Solchergestalt hat des Struvii Meynung wol genug refutiret der Herr COCCEIUS *jur. controv. L.* 5. *t.* 2. *Qu.* 33.

XLVI. Gout.

Wird denn das Pflichttheil nur durch diejenigen Remedia eingeklaget welche zu Erlangung des Erbtheils geordnet sind?

a) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Nein, sondern es ist der Unterschied zu observiren, ob dasselbe hæreditatis titulo beschieden ist, z. E. denen Kindern oder Eltern? und da müssen freylich die Remedia hæreditaria

ria anschlagen und appliciret werden; Oder ob die Legitima titulô singulari verlassen ist, wie es in der Seiten-Linie unter Geschwister geschehen kan, §. *fin. Inst. de inoff. testam. junct. Nov.* 115. *c.* 5. *et L.* 32. *in fin. C. de appellat.* BERLICH. *P.* 3. *concl.* 15. *in fin.* STRYK *Not. ad Lauterbach. comp. pag.* 110. *voc. utcunque.* als wenn dieselbe nur legiret oder geschencket worden: und da schicken und reimen sich die Remedia gar nicht, mit welchen man zur Erbschafft zu gelangen pfleget, sondern man muß Remedia singularia, z. E. Actionem ex testamentô, Conditionem ex lege &c. darzu gebrauchen und anwenden, vid. LAUTERBACH. *colleg. ff. tit. de inoff. test.* §. 50. wie denn auch in *re certa institutus* nicht hereditatis petitionem, sondern nur actionem ex testamento, wie ein Legatarius, anzustellen hat, *L. B. de* LYNCKER *comm. ff. tit. de inoff. testam.* §. 22. *pag.* 40.

b) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Ich bleibe überhaupt bey der Regul: Quæ remedia dantur ad consequendam hereditatem, illa etiam dantur ad consequendam Legitimam, spricht STRYKIUS *in Not. ad Lauterb. Comp. pag.* 111. *voc. sunt remedia.*

XLV. Gout.

Hat denn die Actio *Suppletoria* oder *Condictio ex Lege* 35. §. 2. *Cod. de inoff. testam.* et *Nov.* 115, *c.* 5, auch das Jus tacitæ hypothecæ

thecæ an sich, wie die Actio ex testamento wegen der Vermächtnüsse:

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Hierinnen sind die Doctores auch nicht einerley Sinnes. Es ist bekannt, daß die Hypotheca tacita pro odiosâ et restringenda geachtet wird, und nicht de uno casu ad alium kan extendiret werden, nach dem Juristischen Sprüchworte: ubi lex tacet, ibi nulla est tacita hypotheca. Nun aber ist die actio ex testamento und das Recht der Vermächtnüsse von der Actione suppletoria und dem Rechte zu Erfüllung des Pflichttheils gar weit von einander unterschieden, und lässet sichs von dem einem auf das andere nicht schliessen oder argumentiren; mithin ist die richtigste Meynung, daß die Condictio suppletoria kein Pignus tacitum oder legale mit sich führe, weil solches in keinem Lege zu finden ist. Vid. DECIUS *cons.* 235. *n.* 6. *M. Ant.* PEREGRIN. *de fideicommiss. art.* 36. *n.* 151. SOCINUS *in L.* 51. *de legat.* 1. *n.* 3. TUSCH. *lit. L. concl.* 192. *n.* 13.

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Was? Man hat nicht auf das odium oder den favorem der Hypothec an sich zu sehen, sondern auf die Sache, wofür sie hafften muß. Nun aber ist das Pflichttheil und dessen Erfüllung so favorable und noch favorabler oder nöthiger, als das Vermächtnüß, worzu der Testator nicht verpflichtet ge-

 wesen.

wesen. Warum solte sich nun nicht die Hypotheca tacita auf die favorable Action ad Supplementum, per interpretationem, non tam extensivam, quam comprehensivam, appliciren lassen? Vid. NEGUSANT. *de Pignor. membr.* 4. *secund. part. princ. n.* 124. *vers.* quam tamen conclusionem limitat. CARPZOV. *lib.* 6. *Resp.* 46. *n.* 14. CEPHAL. *consil.* 728. *n.* 21.

XLVI. Gout.

Werden die Actiones pro petenda Legitima ejusve Supplemento auf die Erben transmittiret, wenn sie gleich nicht von dem Antecessore prapariret sind?

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Es brauchet keines Præparirens, wie die Querela inofficiosi testamenti, welche odieux ist, vindictam involviret, und das gantze Testament übern Hauffen schmeisset; welches alles bey diesen Remediis cessiret. Vid. NOALIS *de transmiss. cas.* 10. LAUTERBACH. *Colleg. ff. tit. de inoff. testam.* §. 52. LUDOVICI *et* PRESSEL. *ad Comp. Lauterb. tit. de inoff. testam. in fin. voc. transeunt.* STRYK. *Not. ad Comp. Lauterb. d. t. voc. præparatæ.*

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Sie müssen ebenwohl prapariret seyn: Wer weiß, denn, ob der Antecessor dieselben

hat

hat exerciren wollen oder nicht? Er hat ja bey seinem tödtlichen Hintritt denenselben so wohl tacitè und præsumtivè renunciren können, als der Querelæ inofficiosi. Vid. ANGEL. *ad* §. 1. *Inst. de inoff. testam. n.* 6.

XLVII. Gout.

Wird denn eine Donatio inofficiosa ein Pflichtvergessenes Geschencke, gantz, oder nur zum theil rescindiret?

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Man muß distinguiren: ob die Donation geschehen an einen Fremden, mit dem gehäßigen Vorsatz, die Kinder oder Eltern um ihre gebührende Erbschafft zu bringen; so wird das gantze Geschencke rescindiret, *l. pen. in fin. C. de inoff. donat. l.* 87. §. 3. *de legat.* 2. *ibique* BRUNNEM. Ausser dem wird dieselbe nur, so viel das Pflichttheil anlanget, rescindiret, SICHARD. *h. n.* 4. COVARRUV. *lib.* 1. *resol.* 19. *n.* 22. et quos allegat HILLIGER. *in Donell. L.* 19. *c.* 11. *lit. k.* MOTZIUS *in tit. Quando annullatur donatio n.* 91. *seqq.* TRENTACINQ. *L.* 3. *tit. de donat. Resol.* 4. *n.* 2. BACHOV. *ad Treutl. v.* 2. *D.* 9. *th.* 6. *in fin.* et *quos allegat* BARBOS. *h.* quam distinctionem probant ex *L.* 5. *et* 8. *C. de inoff. donat.* Ex pluribus donationibus successive factis prima non rescinditur, quia non fuit inofficiosa, BARTOL. *in l.* 1. *C. de inoff. don. n.* 5. BALD. *n.* 8. CA-

STRENS. *n.* 6. SICHARD. *n.* 11. TRENTACINQ. *d. l. num.* 5.

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Was will man lange viel Distinguirens machen? Es bleibet überhaupt bey der Analogia inofficiosi, und wird allemahl das gantze Geschencke rescindiret, *Ant.* FABER *L.* 3. *Conject. c.* 17. *per L. ult. C. de inoff. don.* Und über dieß müssen alle Donationes zugleich rescindiret werden, IDEM *in Cod. d. t. def.* 1. *et ult.* PEREZ *ad eund. tit. n.* 6. De Querela inofficiosæ *venditionis* vid. LEYSER. *medit. ad ff. spec.* 91. *med.* 2.

II.

Lib. V. Tit. 3.

De Hereditatis Petitione.

* * *

Bey dem Titul *de Hereditatis Petitione* finden sich verschiedene singularia beym LEYSERO *in Medit. ad ff.* als: *Spectm. 94 de Hereditatis petitione. Spec. 95. de Morte absentis probanda. Spec. 96. de Morte absentis præsumpta. Spec. 97. de Herede, absentis curatore. Spec. 98. de Consanguinitatis probatione.*

XLVIII. Gout.

Kan denn füglich gesaget werden, daß die Erbschafft eine Person repræsentire?

a) Aus

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Damit nicht die Principia analogiæ juris wider einander stossen, so werden offtermahls in Rechten Dinge fingiret, welche sich natürlicher Weise nicht also verhalten, und dießfalls Wörter gebrauchet, welche nach ihrem eigentlichen Verstande denen plumpen osriobus Subtilitatum civilium etwas paradox scheinen. Solches findet sich in dem Worte und der Sache: *Hereditas.* Dieses Ding muß offt in Legibus eine *Person* bedeuten oder repræsentiren, §. 4. *Inst. de hered. instit. l.* 22. *ff. de fidejuss.* und zwar wo die Sache Verzug leydet, repræsentiret sie die Person des künfftigen Erben, *l.* 24. *de novat. l.* 54. *ff. de A. vel O. H. l.* 138. *l.* 193. *ff. de R. J.* Wo aber die Sache pressant ist, und eine gegenwärtige Person erfordert, wie z. E. bey der Erbeinsetzung eines Erbschaffts-Sclavens, *l.* 31. *in fin. ff. de hered. instit.* oder wegen der Vsucapions-Possess, *l.* 31. §. *pen. l.* 44. §. 1. *ff. de usurpat. et usucap.* Vid. *L. B. de* LYNCKER *analect. Inst. L.* 2. *t.* 14. §. 4. *et comm. ff. L.* 5. *t.* 3. §. 1. LAUTERBACH. *Colleg. ff. tit. de hæred. petit.* §. 1. *Dn.* COCCEJ. *jur. controv. L.* 5. *t.* 3. *Qu.* 1. *Confer.* BACHOV. *ad Treutler. Vol.* 1. *D.* 14. *th.* 1. *lit. D.*

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Ach! packet euch fort mit eurer fingirten Person. Der Erblasser ist in das Reich

der Todten marschiret, und wird nicht mehr vor eine Person auf der Welt gehalten: wie kan denn die Erbschafft einen solchen Niemand, der nicht mehr ein Schatten von einer Person ist, repræsentiren? Es hören ja mit seinem Todte alle seine Jura auf, *L.* 28. §. *fin. ff. de stipul. serv.* Der Erbe aber, welcher die Erbschafft noch nicht angetreten und acquiriret hat, der ist noch ein Individuum vagum, bey welchem es noch in Zweiffel stehet, ob er die Erbschafft agnosciren oder repudiiren werde? wie könnte denn die Erbschafft denselben bedeuten oder repræsentiren? Hereditas ist und bleibet eine Res: *Res* und *Persona* sind disparata, werden einander entgegen gesetzet, und können nicht auf einander hocken. En. fin: daß man glauben solte, wie Hereditas *Personæ* vicem obtinire, solches ist ein otiosum fori Romani commentum, dessen man in vita civili weder Nothwendigkeit, noch Nutzen ersehen und begreiffen kan, TITIVS *observ. Lauterb.* 178. und welches vor eine blosse Chimere gehalten wird vom BACHOVIO *in Not. ad Wesenbec. paratit. tit. de hered. pet. n.* 2.

XLIX. Gout.

Ist denn Hæreditas oder Jus hæreditarium ein absonderliches Recht, oder nur ein continuirter Complexus oder zusammen gepackter Wisch derjenigen Rechte, welche

der

der Verstorbene nach seinem Todte verlassen hat?

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Es ist ein gantz besonderes Recht, durch welches sich eben der Erbe zu solcher Continuation der verlassenen Rechte legitimiren muß, und welches entweder ex provisione hominis, oder ex dispositione legis, auf ihn gebracht wird, auch welches der Erblasser nicht formaliter, sondern nur virtualiter und eminenter gehabt hat; und welches von denen andern Juribus in re, Dominio, Servitute, Pignore, und bonæ fidei possessione oder ficto dominio seinem Wesen nach weit genug abgesondert und unterschieden ist. Vid. *L. B. de* LYNCKER *comm. ff. lib.* 1. *tit.* 8. §. 17. *not.* * *& ad Stryk. tr. de Action. S.* 2. *m.* 3. §. 1. *n.* 3949. *seqq.*

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Das Erbrecht ist kein neues und besonderes Recht, sondern nur eine zusammen gehäuffte Massa und Fortsetzung dererjenigen Rechte, welche der Verstorbene gehabt und nach sich verlassen hat. Denn was er selber nicht gehabt hat, das hat er seinen Erben nicht geben und verlassen können: Nun aber ist notorisch, daß er kein besonderes, von seinen andern Juribus in re & ad rem unterschiedenes Recht gehabt hat; wie hätte er denn können ein anderes und besonderes Recht auf den Erben

den transferiren, als den Complexum seiner vorigen Rechte? Also raisonniret gantz vernünfftig STRYKIUS *in Not. ad Lauterb. Comp. pag.* III. *voc. jus in re. & tr. de Action. investig. S.* 2. *m.* 3. §. 1. *Dn.* KRESS. *specim. jurispr. civil. for. L.* 2. *t.* 1. §. 3. Conf. TITIUS *obs. Lauterbach.* 178. *junct. Observ.* 32. *n.* 6.

L. Gout.

Ist denn die Hereditatis petitio eine Actio simplex oder mixta?

a) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Wie nimmt es der Herr? Actiones *mixtæ* werden in unterschiedlichen Verstande genommen: I. Ab *objecto*, da eine Action zugleich die Sache und eine Strafe verfolget, wie die Actio quod metus causa, vi bonorum raptorum, legis Aquiliæ, &c. §. 19. *Inst. de act. ibique DD.* Und in diesem Verstande ist die Erbschaffts Klage keine actio mixta. II. Ab objecti *qualitate*, da ob rerum universitatem nicht allein die Haupt-Sache, sondern auch die Præstationes personales und Accessoria *jure Actionis*, und nicht nur *officio Judicis*, wie in Rei Vindicatione & aliis singularibus, gefordert werden. *l.* 25. §. 18. *ff. de hered. petit.* Solcher gestalt hat sie der Kayser JUSTINIANUS in *L.* 7. *C. de heredit. pet.* gar wohl actionem mixtam nennen können. Endlich wird III. actio genen-

genennet ratione Causæ *Efficientis*, welche zugleich ex jure in re und jure ad rem entstehen soll, deren Exempel die DD. insgemein ex §. 20. *Inst. de act. l.* 1. & 22. §. 4. *famil. berc. l.* 3. *l.* 4. *commun. divid. l.* 4. *pr. ff. fin. regund.* anführen und würcklich dafür halten. Allein gleichwie diese Erklährung irrig und falsch ist, wie anderswo erwiesen ist; Also kan am allerwenigsten die Hereditatis Petition dahin gerechnet werden, welche Justinianus in §. 20. *Inst. de act.* nicht einst unter die apparenter, oder dem Schein nach, tales zehlen mögen. Sie ist und bleibet demnach mere realis, und entstehet einzig und allein ex jure in re, Vid. *Baro de* LYNCKER *analect. ad* §. 20. *Instit. de act. ibique ad Locameri not.* n. 97. *ad ff. tit. de heredit. petit. th.* 45. *seq.* & *comm. ff. eod.* §. 9 *it. analect. ad ff. L.* 44. *t.* 7. *th.* 66. TREUTLER. *Vol.* I. *D.* 14. *th.* 2. *lit. b.* BARTOL. *in L.* 25. §. 18. *n.* I. SALICET. & JASON. *ibid.* & *in* §. *quædam. Inst. de act.* ARETIN. *in* §. *sed istæ. Inst. eod.* Add. MARANT. *part.* 4. *dist.* 3. *n.* 4. ZAS. *ad d.* §. *quædam. Inst. de act. n.* 4. MENOCH. *adip. poss. rem.* I. *quæst.* 4 *n.* 30. Und also wird allhier vergeblich eine Obligation ex quasi contractu supponiret. Vid. LYNCKER. *comm. ff. d. t.* §. 3.

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Es ist allerdings eine Actio mixta, so wohl im dritten, als im andern Verstande; und

und damit die Doctores bey dieser actione mixta nicht über das Wort Videntur, wie ad §. 20. *Inst. de Action.* grillisiren möchten, so schreibet ihnen JVSTINIANVS *in L.* 7. *C. de hered. pet.* deutlich unter die Nase, daß es eine actio mixta *personalis*, und nicht mere realis sey. Und wo wird denn eine actio mere realis unter actiones *bonæ fidei* gerechnet, wie die Hereditatis petio,? *jx.* §. 28. *Inst. de action.* Es behaupten solches die bewährtesten Jureconsulti mit bündigen Rationibus; vid. *Dn.* COCCEI. *jur. controv. Lib.* 5. *tit.* 5. *de hered. pet. Qu.* 2. LAVTERBACH. *colleg. ff. tit. de hered. pet.* §. 4. STRVV. *exerc.* 10. *th.* 45. LOCAMER. *not. ad* §. 20. *Instit. de action. n.* 97. Es ergiebet sich dieses auch aus denen Præstationibus personalibus selber; denn also wird (a) in genere gesaget, daß alle erbliche Klagen in die Erbschaffts-Klage kommen, in *l.* 20. §. 4. *de hered. petit.* und also auch die Personal-Klagen. Es kommet (b) darein der Schaden, den man dem defuncto ex noxali causa zu ersetzen schuldig ist, *d. l.* 20. §. 5. Sie wird ferner (c) wider denjenigen gegeben, welcher die Erbschaffts-Negotia verwaltet hat, *l.* 16. §. 3. *d. t.* wie auch (d) wider den Debitorem der Erbschafft, er sey aus einem Verbrechen, oder aus einem Contract verhafftet, *l.* 15. §. *f. l.* 14. *d. t.* Ja (e) ist auch ein bonæ fidei possessor zur Erstattung dessen gehalten, was er mit Vorsatz oder aus Unachtsamkeit ver-

wahr-

wahrloset oder von abhanden kommen lassen, *l.* 19. §. 2. *eod.* Er muß ferner (f) dafür stehen, sofern er reicher worden, welches in einer Real-Action niemahls gewöhnlich ist, *l* 20. §. 6. *d. t.* Und wenn er (g) Schulden eingetrieben, so muß er auch dieselben zu dieser Erbschaffts-Klage herbey schaffen, *l.* 16. §. 1. *l.* 25. §. 18. *de hered. petit.* Desgleichen (h) wenn er die Pretia rerum oder Kauff-Gelder der verhandelten Sachen zu sich genommen, *d. l.* 16. §. 1. *l.* 18. §. 1. *et* 18. *d. t.* Warum solte man wegen solcher Præstationen nicht eine Personal-Obligation mit dem STRUVIO *exerc.* 10. *th.* 45. zum Grunde legen?

LI. Gout.

Muß denn der Possessor fictus sich eben *malitiose* und *mala fide* zum Proceß offeriret haben, wenn die Hereditatis Petitio wider ihn statt haben soll?

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. O! nein, das wird eben nicht erfordert; maßen auch derjenige, welcher aus gerechten Ursachen sich zum Proceß offeriret, und den unwissenden Erben in das Feld oder in den Kampf locket, muß hernach Katzaus halten, und dem Kläger vor die Erbschafft stehen, *l.* 25. *ff. de hered. pet.* Denn es kan einer ja wohl sich versichert halten, daß er gerechte Sache, nnd der Kläger unrecht habe, und es also hazardiren, die Sache mit Klägern anzuneh-

zunehmen und seiner Schantze eventualiter wahrzunehmen, *d. l. 25. arg. l. 95. §. 9. de solut. l. 23. §. 14. de hered. petit.* und bleibet dennoch nur fictus possessor: es ist aber ein grosser Unterschied in Effectu bey beyderley Possessoribus. *Dn.* COCCEI. *jur. controv. L. 5. tit. 5. de hæred. pet. Qu.* 3.

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Ich kan mir gar nicht einbilden, wie es zugehen und möglich seyn könne, daß einer dem andern bona fide und ohne Maliz auf die Gedancken bringen und darbey lassen könne, als wenn er bey Annehmung der Klage die Erbschafft würcklich besäß, da er doch nicht einen Fasen davon innen hat? Heisset denn dieses nicht, den andern bey der Nase herum ziehen? Es hat demnach LAUTERBACH in seinem *Compendio ff. tit. de hered. pet. pag.* 112 und *in Colleg. ff. d. t.* §. 9. geschrieben, Ficte possidet atque juris intellectu pro possessore habetur, [1] qui se *malitiose*, tanquam possessorem, ignoranti obtulit, *l. 13. §. 13. l. 45. de hered. pet. junct. l. 25. 26. 27. ff. de R. V.* Alle diese Leges melden etwas von dem Dolo.

LII. Gout.

Hilfft es denn dem wahren Besitzer der Erbschafft nichts, wenn der fingirte Possessor die Litis æstimation hat bezahlen müssen?

a.) Aus

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Nein, es kan ihm nichts helffen; es ist ja bekannt genug, quod res judicata inter solos litigatores jus faciat, tertio vero nec prodesse nec obesse possit, *l. 63. ff. de re judicat. Hartm.* PISTOR. *P. 4. qu. 29. n. 1.* CARPZ. *P. 1. c. 26.* und sind ja die klaren Leges vorhanden, daß es ihm nichts nutzen kan, weil die Litis æstimation bey denen lügenhafften Offerenten und Decipienten nur vor eine Strafe angesehen wird, welche die Restitution der Sache, nemlich der Erbschafft, nicht hindern kan, *l. 69. ff. de R. V.* Vid. *l. 13. §. 14. de hered. pet. l. 95. §. 9. de solut. l. 7. de R. V.* LAUTERBACH. *Colleg. ff. tit. de hered. pet. § 9.* STRUV. *exercit. 10. th. 48.* CUIAC. *l. 22. Obs. 29.* STRYK. & PRESSEL. *Not. ad Lauterb. Comp. p. 112. voc. nihil prodest.* Add. DONELL. *L. 19. c. 12.* HILLIGER. *ibid.*

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Sachte! sachte! nur nicht so ins Gelack hinein raisonniret! Es lässet sich nicht so obenhin antworten, und wäre unbillig, wenn der Erbe eine Sache zweymahl fordern wolte. Ich sage vielmehr schlechterdings, es hilfft dem wahren Besitzer, wenn der fingirte hat Haare lassen müssen. Denn wann (1.) der fictus possessor befreyet wird, indem der wahre den Proceß über sich nimmet, und die Erb-Sachen oder deren æstimation præstiren will, wie *Lauterbach* selber in Comp. pag. 112. kurtz zuvor ge-

wiesen, so muß fürwahr aus eben der Raison der wahre Besitzer befreyet werden, wenn der fictus dem Erben Satisfaction gethan hat; sonst würde nur die unterschiedliche Art oder Ordnung eine so greuliche Discrepanz verursachen, welches absurd zu sagen wäre. Hernach hat (2.) der fingirte Besitzer durch die Bezahlung die Sache dem Erben gleichsam abgekauffet, welches der LAVTERBACH unten in simili *ad tit. de in lit. iurand. lit. E.* en generel ex *L. 9. rer. amot. l. 25. §. 1. sol. matr. l. 46. et 47. de R. V.* zugiebet: derohalben wie er nun, wenn er die Sache hätte, dieselbe auch jemand anders übergeben könte, also muß dieselbe, da die Lieferung schon vorlängst geschehen, nunmehro bekräfftiget, und also der Besitzer sicher gestellet werden. Endlich sind (3.) die Texte nicht zuwider, welche der Lauterbach vor sich anführet, und lassen sich leicht conciliiren, denn sie wollen nur so viel sagen: Der wahre Besitzer werde nicht befreyet *ipso iure;* und ist also der Unterschied gewesen, daß, wenn der wahre Besitzer die Sache præstiret, wider den fictum die Action *evanescire* oder verschwinde, wie der angezogene Lex 13. §. 14. ff. de hered. pet. redet, das ist, so daß weder Strumpf noch Stiel mehr übrig bleibet; wenn aber der fingirte Besitzer die Sache bezahlen muß, so wird der wahre Besitzer nicht *liberiret, d. l. 13. §. 14.* nemlich ipso iure; und kan also die Sache von ihme *recte,* gar wohl (aber nicht efficaciter) gefordert werden, *d. l. 7. de R. V.*

R. V. Conf. *l.* 20. *pr. de interr. in iur. fac.* er kan sich aber ope Exceptionis vor der actione stricto iure competente loßhalfftern, dieses Liedlein aber singet man heut zu Tage vergeblich. Man muß demnach also raisonniren, schreibet B. TITIUS *Obs. Lauterbach.* 183.

c) **Ein wenig Milch oder Zucker drein!**

Resp. Auf einer Seite will man hinauf steigen, auf der andern fällt man wieder herunter! Die Distinction ipso iure sed non efficaciter machet nichts aus. Ich will vielmehr den Unterschied so machen: wenn der fictus possessor in dolo vel mala fide gewesen, daß seine Aestimation vor eine Straffe zu achten; so kan es dem wahren Besitzer nichts helffen; wenn aber der fingirte Besitzer nicht aus Maliz, sondern bona fide sich liti offeriret hat, und in die æstimation ist vertheilet worden, so muß solches dem wahren Besitzer allerdinges zu statten kommen; denn dieses wäre zu hart und unbillig, wenn der Erbe zugleich den Werth der Erbschafft, und dennoch auch die Erbschafft selbst wolte an sich ziehen, und mit des andern Schaden sich bereichern. Also entscheidet die Frage der Herr COCCEIUS *in jur. controv. L.* 5. *t.* 5. *de hered. pet. Qu.* 4.

LIII. Gout.

Nehmen denn bey der Erbschaffts-Klage die Sachen eine *Function* **vor einander an, daß eine die andere** *repræsentiret?*

 a.) Aus

a) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Ja, sie nehmen eine Function vor einander an, und tritt die eine an der andern ihre Stelle. Also wenn der Besitzer ein gewisses Erbstücke verkauffet, vertauschet, oder sonst permutiret oder verwechselt hat, so kömmet das Kauff-Pretium oder die ertauschte Sache an der vorigen Stelle, und kan von dem Erben so wohl vindiciret werden, als wann sie vorhin der Erb- und Verlassenschafft gewesen wäre, welches sich bey der Rei Vindication und andern Actionibus nicht befindet, sondern eine jede Sache vor sich bleibet, *l.* 13. §. 14. *l.* 16. §. 1. 2. 5. *& fin. l.* 20. §. 17. *l.* 22. *in fin. ff. de hered. petit.* LAUTERBACH. *Comp. ff. pag.* 112. *et Colleg. ff. tit. de hered. pet.* §. 10. STRYK. *not. ad Lauterb. comp. d. l. verb. functionem.*

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Nein, das streitet mit der natura specierum, in quas cadit affectio, daß nemlich eine per *Functionem* die andere repræsentiren solte: denn die Functiones haben nur in *Quantitatibus* statt, da einem nichts daran gelegen ist, ob er z. E. die hinweg geliehene Louis d'or hat, oder andere dafür von dergleichen Schrott und Korn bekömmet? Ob er diese Ohme Rheinwein, dieses Malter Weitzen oder Gerste, oder andere von dergleichen Güthe haben und geniessen oder verbrauchen kan? welches sich mit denen Speciebus nicht also verhält, weil mancher sein Pferd, seinen Hund, seinen Garten, Hauß, &c.

nicht hinweg gäbe, wenn es ihm auch noch 1. bis 2. mahl so theuer bezahlet würde, als es an sich werth ist: und also kan nicht eine Sache vor Geld, oder Geld vor die Sache obtrudiret oder aufgedrungen werden, welche man dem andern schuldig ist. Die Sache verhält sich aber allhier also: weil die Erbschaffts-Forderung eine Vniversal-Klage ist, so kömmet das Pretium der Erbschaffts-Sache an deren Stelle, aber ohne einige Function, wovon der *L. 20. l. 25.* und sonst hin und wieder in dem *Titulo ff. de hered. pet.* zu verstehen ist; und also wird nur so viel gesaget, daß zwar das Pretium der verkaufften Sache könne gefordert werden, und an deren Stelle komme, aber nicht eben per Functionem; wie also die Sache etwas deutlicher erkläret *Dn.* COCCEIVS *jur. controv. L. 5. t. 5. de hered. pet. Q. 6.*

LIV. Gout.

Wird denn ein Successor singularis dessen, welcher als ein anmaßlicher Erbe oder schlechter Besitzer ein Erbstück besessen hat, Actione *directa* oder nur *utili* belanget?

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Weil er seinen Authorem nicht repræsentiret, so kan er stricto jure und hereditatis petitione directa nicht in Anspruch genommen werden, sondern man muß sich nur mit der actione utili behelffen, wie der klare Text *Legis 13. §. 8. et 9. ff. de hered. pet.* und die accuratesten Doctores lehren. Vid. LAVTER-

 BACH

BACH *colleg. ff. tit. de hered. pet.* §. 13, *junct.* §. 12. STRUV. *exerc.* 10. *th* 50. *ibique* B. *de* LYNCKER *analect. et comm. ff. d. t.* §. 6.

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Die Doctores haben hier mancherley Grillen im Kopfe, nach welchen sie unter einander dissentiren. Vid *Dn.* COCCEI. *jur. controv. L.* 5. *tit.* 5. *de hered. pet. Qu.* 7. Wider denjenigen, welcher von dem Besitzer der Erbschafft Causam giebet *Titius observ. Lauterbach.* 185. ohne Unterschied die Erbschaffts-Klage, und hält die alte actionem utilem vor eine unnütze Fabel, deren man heut zu Tage nicht bedürffe.

LV. Gout.

Können denn mit der Erbschaffts-Klage, oder Hereditatis Petition auch die Servituten oder Gerecht- und Dienstbarkeiten der Erbschafft-Güther gesuchet und gefordert werden?

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Nein, das gehet nicht wohl an, *l.* 19. §. *ult de hered. pet.* Denn bey denen Real-Servituten ist nichts da, welches der Beklagte restituiren könte, denn sie bestehen bloß in *patiendo*, oder in *non faciendo*: wenn nun der Besitzer des dienstbarn Guthes es nicht leidet oder unterlässet, so thut er es nicht als Besitzer der Erbschafft, sondern muß durch eine besondere Action, nemlich confessoria, darzu angestrenget werden. Also hab ichs gelernet, schreibet PAULUS in

in *d. l.* 19. §. 3. *ff. de hered. pet.* Add. *Scholiastes Græcus in lib. Basilicor. l.* 19. §. *ult. lit. i. pag.* 63. Die Personal-Servituten hören ohnedem regulariter mit dem Todte des Erlassers auf; was will denn der Erbe vindiciren? Vid. STRUV. *exerc.* 10. *th.* 53. *ibique* LYNCKER *analect. et comm. ff. de hered. pet.* §. 8. STRYCK, *not. ad Lauterb. Comp. p.* 113. *voc. servitutibus.* DONELL. *comm. L.* 19. *c.* 13. *ibique* HILLIGER *lit. I. K.*

b.) Aus der Coffee-Tasse.

Resp. Was wolte der obscure Paulus gelernet haben? Er hat nicht recht studiret. Warum solte die Hereditatis Petition nicht auch sich auf die Servitutes appliciren lassen, wie auf andere Res corporales, incorporales, und Præstationes? Stecket denn nicht die actio confessoria eben so wohl virtualiter in der universellen Erbschaffts-Klage, wie die andern Real-und Personal-Klagen? Und kan denn der Nachbar die Servitut nicht eben so wohl, wie andere Iura, unter dem Prætext verweigern und disputirlich machen, als ob er selber, und nicht der Kläger, Erbe sey, und es also auf den Beweiß des Erb-Rechts ankomme? Es sind auch gar schlechte Einwürffe, so hierwider gemachet werden: (1.) könne nichts restituiret werden, wie sichs in Corporibus verhält. Warum solte denn nicht die dienstbare Sache können so wohl geliefert werden, als die eigene, die verpfändete, die geliehene, und andere mehr. (2.) Wenn er nicht die Servitut leiden oder unterlassen will, so

müste ich ihn actione speciali belangen! warum denn nicht auch concurrente universali? Es sind ja compatibilia. Es ist demnach nicht viel daran gelegen, zumal heut zu Tage, ob der Erbe seine Servitut-Klage Hereditatis Petitionem oder Confessoriam nennen will; sintemal auch Iure Romano eine unrechte Benennung der Klage keinen Abbruch thut, wenn nur sonst richtig libelliret und probiret wird; Und also refutiret nicht unrecht den alten PAULUM und seine Asseclas der auch nicht unbekandte teutsche ICtus TITIUS *Observ. Lauterbach.* 187.

LVI. Gout.

Muß denn ein bonæ fidei possessor **diejenigen Früchte gut thun, wovon er zur Zeit des Rechtskräfftigen Urthels sich bereichert befindet?**

a.) **Aus der** Thee-Tasse.

Resp. **Ja freylich wollen dieses die Rechte also haben.** Vid. *l.* 23. *pr. l.* 36. §. 4. *ff. de hered. pet. junct. l.* 25. §. 11. *l.* 20. §. 6. *l* 28. *ff. d. t. l.* 1. §. 1. *C. eod.* Wie nun dieses zu verstehen, auch allenfalls zu probiren sey, daß der Besitzer tempore rei judicatæ sich locupletior aus der Erbschafft befinde, wie er sonst ausser derselben nicht seyn würde? solches lehret gar deutlich STRUVIUS *exerc.* 10. *th.* 55. und *Peter* MÜLLER *in Not. cum alleg. DD. Dn.* COCCEIUS *jur. controv. L.* 5. *t.* 5. *de hered. pet. Qu.* 13. Add. DONELL. & HILLIGER. *L.* 19. *c.* 14. *lit.* G. *seqq.* STRUV *d. l. th.* 56. *sqq.*

b.) Aus

b) Aus der Coffee-Tasse.

Resp. Ich wollte alles gerne zugeben, wenn ich nur einen Casum ersehen könte, da diese Iura in vita civili könten appliciret werden, spricht Titius *observ. Lauterbach.* 188 und also sind es blosse Speculationes und Grillen der theoretischen Rechts-Lehrer. Denn wenn man der Leute ihre Nachläßigkeit erwäget, und wie immer einer den andern zu berucken und zu bevortheilen trachtet, auch wie die Processe in die Länge herum geschleiffet werden: wer wolte doch glauben, daß nach so langer verflossener Zeit ein genauer Calculus der eingehobenen Früchte und Nutzungen, oder die man hätte einnehmen können und sollen, möchte gezogen und gefertiget werden, in deren egard einer die Qualität eines bonæ fidei oder malæ fidei Possessoris an sich nehmen dürffte? Diesemnach kan die Sache anders nicht, als durch eine Bogenfahrt, mittelst Transacts und Vergleichs, oder durch gütlichen Remiss entschieden und abgethan werden.

LVII. Gout.

Kan denn dasjenige, worinnen der Besitzer locupletior worden, auch durch die Hereditatis Petition eingeklaget, oder muß es durch eine besondere Action eingetrieben werden?

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Es brauchet eben keiner besondern Action, wie in Iudiciis singularibus, sondern es kan gar wohl durch die Vniversal-Action oder

Erbschaffts-Klage eingetrieben werden, wie LYNCKERUS *in Emendat. Analect. ff. pag.* 21. *& comm. ff. tit. de hered. pet.* §. 10. *p.* 49. wohlbedächtig erinnert.

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Ich halte es mit dem STRUVIO *exerc.* 10. *th.* 60. *in fin.* woselbst er die Erbschaffts-Klage nicht vor hinlänglich achtet, weil die Actiones reales nur wider die Besitzere oder welche dolo malo die Possess verparthieret haben, Platz finden, §. 1. *Inst. de action. l.* 9. *ff. d. R. V. l. un. C. de alien. jud. mut. caus. fact.* Add. *l.* 22. *l.* 25. *l.* 27. §. 1. & 3. *l.* 58. *l.* 69. *de R. V.* sondern bin auch der Meynung, daß hierzu eine besondere Personal-Klage erfordert werde und nöthig sey.

LVIII. Gout.

Muß denn ein bonæ fidei Possessor auch denjenigen Schaden ersetzen, welcher sich durch seine Schuld und Unachtsamkeit ereignet, ehe und bevor er von dem Erben gerichtlich in Anspruch genommen worden?

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Das wäre zu hart und unbillig! denn er sodann noch vor den rechten Eigenthumsherrn der Sache gehalten wird; ein Eigenthümer aber mag seine Sachen verwahrlosen und verderben lassen, wie er will, so lange er niemand weiß, der gerechten Anspruch daran zu machen befugt wäre. Vid. *L.* 31. §. 1. *l.* 25. §. 11. *l.* 18. *pr. l.* 30. *ff. de hered. petit.* STRUV. *exerc.* 10. *th.* 59.

ibique

ibique Evolut. it. Pet. MÜLLER. *not. ibid. lit. B. Conf.* COCCEI. *jur. controv. L. 5. t. 5. de hered. pet. Qu.* 17.

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Ja, wenn nicht *Lex* 19. §. 2. *ff. de her. pet.* im Wege stünde, durch welchen sich *Antonius* FABER *in Rational.* bewegen lassen, zu statuiren, daß ein bonæ fidei possessor, ob er gleich kein Prædo ist, auch vor denjenigen Schaden stehen und hafften müsse, welcher sich vor erregten Proceß ereignet, und er nicht durch seinen Fleiß und Vorsichtigkeit verhütet hat.

LIX. Gout.

Kan denn ein bonæ fidei possessor die angewendeten Unkosten von dem Erben wieder fordern, wenn gleich die Sache nicht mehr vorhanden ist, woran er sie verwendet hat?

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Ja freylich. Denn die Erbschafft, welche in diesem Vniversal-Iudicio gefordert wird, wie sie durch die Früchte und andere Emolumenta, so restituiret werden müssen, zunimmet; also nimt sie auch durch den Aufwandt hingegen wieder ab, *l.* 20. §. 3. *ff. de hered. pet.* Vid. *l. Plane* 38. *vers. plane. l.* 39. *ff. d. t. junct. l.* 10 §. 1. *de negot. gest. l.* 3. §. 7. *de contr. tut. act. l.* 4. *de impens. in res dot. fact.* Add. *Paul. de* CASTRO *in d. l. plane n.* 1. STRUV. *exerc.* 10. *th.* 62. *junct. exerc.* 11. *th.* 33.

b.) Aus

b.) Aus der Coffé - Tasse.

Resp. Auch allhier ist Antonius Faber rational. *in d. l. Plane 38. de hered. pet.* widriger Meynung, wie ihn *Struvius d. th. 62.* anführet.

LX. Gout.

Kan denn ein malæ fidei possessor den Aufwandt, welcher nur zur Lust und Plaisir angewendet worden, hinweg nehmen?

a.) Aus der Thee Tasse.

Resp. Dergleichen Kosten kan ein bonæ fidei Possessor in diesem Iudicio universali gar deduciren, und das ausgelegte Geld wieder fordern. Ein malæ fidei possessor aber darff den Aufwandt nur hinweg nehmen, sofern es ohne Schaden der Haupt-Sache geschehen kan, vid. *l. 38. l. 39. §. 1. ff. de hered. pet.* STRUV. *exerc.* 10. *th. 64. ibique* P. MÜLLER. *not. lit. η.* LYNCKER *comment. ff. tit. de hered. pet.* §. 10. *p. m.* 50. BACHOV. *ad Tr. V. 1. D. 14. th. 19. lit. E.* LAUTERBACH. *colleg. ff. tit. de hered. pet. §. 20. in fin.*

b.) Aus der Coffé - Tasse.

Resp. Was solte der malæ fidei possessor Macht haben, den wollüstigen Aufwandt hinweg zu nehmen? wer hat ihm denn geheissen, solche muthwillige Verschwendung zu thun? Und da er gewust, daß die Erbschafft ihme nicht zugehöret, so hat er præsumtive das Geld donandi animo daran gewendet und verspildert. STRYK. *Not. ad Lauterb. Comp. p.* 114.

verb.

verb. M f. possessor tollere pot. Conf. GOEDDAEVS *ad* L. 79. §. 2. *ff. de V. S. n.* 3. Ja weder dem bonæ fidei noch malæ fidei possessori erlaubet DONELLVS *L.* 20. *comm. c.* 7. die voluptuarias impensas oder Wollust-Kosten zu deduciren oder das ausgelegte Geld wieder zu fordern; geschweige daß er dem malæ fidei possessori das Hinwegnehmen und Destruction verhengen solte.

LXI. Gout.

Wer muß denn den Todt eines Erblassers erweisen, wenn er abwesend ist, und über dessen Verlassenschafft oder deren Verwaltung gestritten wird?

a) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Gleichwie derjenige, welcher sich in dem Todte des Abwesenden gründet, dessen Ableben erweisen muß; also lieget demjenigen ob, des Abwesenden sein Leben zu beweisen, welcher den Grund seiner Intention darinnen setzet, RICHTER. *Decis.* 66. *n.* 16. & 17. PINGIZER. *Quæs. Sax.* 5. Und also ist öffters in dem allhiesigen Schöppenstuhle gesprochen, wie STRVVIVS *exerc.* 10. *th.* 66. und *ad Ant. Matthæi de success. cap.* 16. *aph.* 42. & 44. bezeuget. LYNCKER. *comm. ff. tit. de hered. pet. §.* 9. *p. m.* 46. *in fin.*

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Gantz anderer Meynung ist FINCKELTHVSIVS *observ.* 100. *per tot.* allwo er umständlich durch Rationes Dubitandi, Deciden-

cidendi, & Respondendi deduciret, daß ein Mensch 100. Jahr leben könne, mithin vor solcher Zeit das Leben præsumiret werde, und nicht derjenige, welcher sich darinnen fundiret solches erweisen dürffe, sondern der Todt des Abwesenden müsse erwiesen werden, man möge sich darinne fundiren oder nicht. Es widerspricht demnach dem *Richtero*, *Wesenbecio*, mithin auch dem *Struvio*, der Herr LEYSERUS *medit. ad ff. spec.* 95. *med.* 24. Andere sind wiederum anderer Meynung, und halten davor, daß, wann ein Abwesender, von welchem man keine gewisse Nachricht erfahren kan, über LXX. Jahr alt ist, dessen Todt zu præsumiren sey, und dargegen das Leben müste erwiesen werden; zuvor aber das Leben annoch vermuthet werde, worwider das Absterben zu erweisen sey. Also statuiret CARPZOVIUS *P.* 3. *c.* 15. *d.* 57. (welchen ad forum Saxonicum zu restringiren STRYKIUS *in Not. ad Lauterb. comp. p.* 114. *verb. LXX. annis majore.* nicht Ursach hat,) deme Beyfall geben LUDOVICI *supplem. ad Lauterb. d. l.* TITIUS *observ.* 192. LAUTERBACH *Colleg. ff. tit. de hered. pet.* §. 24. ubi tamen §. *praeced.* 23. *in fin.* hoc rectius arbitrio Judicis cum CAGNOLO *in L. Si emancipat. C. de collat.* relinquit. Conf. COCCEI. *jur. controv. L.* 5. *t.* 5. *de hered. pet. Qu.* 21. Add. Pet. MULLER *not. ad Struv. exerc.* 10. *th.* 66. ubi plurima collegit notabilia. De morte absentis præsumta, vid. *Dn.* LEYSER *med. ad ff. specim.* 96. *per tot.*

LXII.

LXII. Gout.

Wird denn ein jeder nåhester Anverwandter zur Verwaltung seines abwesenden Vetters Güther zugelassen, wenn er gleich sich sonst zu keiner Curatel schicket?

a.) Aus der Thee Tasse.

Resp. O ja! Denn weil er schon vor den nåhesten Erben geachtet wird, so wird ihme nicht so wohl das ordentliche Munus publicum Curatelæ, als vielmehr die Obsicht und Verwaltung der Güther anvertrauet; daß demnach auch Weibs-Personen und Minderjåhrige darzu gelassen werden, *arg. l.* 33. §. 2. *de procur. l.* 1. *pr. de legit. tut.* CARPZ. *P.* 3. *c.* 15. *d.* 48. *n.* 4 *et* 8. *Ant.* FABER *l.* 5. *C.* 5. *tit.* 40. *d.* 1. *n.* 5. MUNNOZ *de Escobar. de ratiocin. admin. c.* 6. *n.* 52. Pet. MULLER. *not. ad Struv. exerc.* 10. *th.* 66. *lit.* γ.

b) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Ach nein! Es heisset einmahl Cura absentis, und also muß man bey der Analogia Juris bleiben. Wer sich nun sonst nicht zu Curatelen oder Vormundschafften schicket oder darzu qualificiret ist, als Weiber, Minderjåhrige, u. a. m. derselbe kan auch nicht zu dieser Curatela Absentis gelassen werden. MEV. *P.* 2. *Dec.* 61. *n.* 3. Phil. DECIUS *Consil.* 576. *n.* 3. *sq.* Jac. MENOCH. *de A. J. Q. L.* 2. *c.* 150. *n.* 21.

LXIII. Gout.

Muß denn der nechste Anverwandte, wel-

welcher einmahl zum Curatore absentis bestätiget ist, hernach auch einen andern in eben dem Grad mit annehmen, welcher sich ex post facto darzu anmeldet?

a) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Nein, er darff ihn nicht darzu mit annehmen, denn er hat einmahl ein Ius quæsitum ad totam curam & administrationem bonorum, welche individua ist, *arg. l. 9. C. Qui dat. tutor. Novell.* 48. Und lässet sich von dem würcklichen und gewissen Erb-Rechte auf diese Administration und Curatel kein Schluß machen. Also ist vielmahl in Praxi gesprochen; vid. CARPZ. *P.* 3. *c.* 15. *d.* 49. *Ant.* FABER *L.* 7. *Cod. Sab. tit.* 20. *def.* 44. *n* 9. WERNHER. *P.* 2. *Observ. for.* 356. Conf. RICHTER. *Decis.* 65. *n.* 17.

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Je freylich muß er den andern Anverwandten, welcher eben so nahe mit dem Abwesenden in der Freundschafft stehet, und gleichfalls Caution zu machen bereit ist, zugleich mit annehmen, vid. ROSENFELD *Disp. de admin. bon. absent.* §. 7. dessen ration a tutore legitimo, zwar inept und ihm zuwider ist; die Assertion und der Satz an sich selber seine Richtigkeit hat, daß nemlich der bestelte Curator die übernommene Administration mit dem hernachmals sich meldenden Vetter in gleichen Gliede communiciren und theilen muß. Und dieses lässet sich durch das Argument von einem Erben erweisen und darthun.

Denn

Denn da ein Mit-Erbe, deme einmal die Erbschafft alleine übergeben ist, ob er sie gleich vorlängst angetreten und besessen hat, dennoch dieselbe mit einem andern Erben, von dem man zur Zeit der angetretenen Erbschafft nichts gewust hat und hernach erst kund worden, dennoch die Erbschafft mit diesem communiciren und abtheilen muß, per *L. 7. C. famil. bercisc.* warum solte denn ein blosser Administrator oder Verwalter ein viel stärckeres Recht haben? da doch die Cura absentis nach dem Exempel der Erbfolge eingeführet ist und deferiret wird. Das Exempel von einem Tutore legitimo schicket sich hieher nicht, und hat eine gantz andere Raison: dem nechsten Anverwandten ist vielmehr daran gelegen, daß er des Abwesenden, an dessen Leben noch gezweiffelt wird, Curator bestellet werde, und die Güther, worzu er schon einiger massen ein Erb-Recht hat, in seiner Verwaltung habe, auch die Früchte vor sich einhebe. Einem andern aber, der doch kein besser oder stärcker Recht darzu hat, dieses alles alleine zu überlassen, das lässet viel zu betrübt und gefährlich; welches alles aber bey einem gemeinen Vormunde sich gantz anders verhält und befindet. Wannenhero auch die Herren Helmstädter im Monat Octobr. 1714. hierauf erkennet und gesprochen haben, wie der Herr LEYSER. *medit. adff. specim. 97. med. 6.* erinnert und anführet.

LXIV. Gout.

Hat denn wider den Beklagten des Klägers Iuramentum in litem noch heut zu Tage

statt, wann er aus Trotz, Ungehorsam und Boßheit die ausgeklagte Erbschafft nicht heraus geben will?

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Wer wolte doch daran zweiffeln? die Leges 20. §. *fin. l.* 25. §. 10. *ff. de hered. petit.* sind mehr denn zu klar und gewiß, und hat sie bis dato noch niemand aufgehoben und abgeschaffet. Vid. STRUV. *exerc.* 10. *th.* 69. DONELL. *comm.* L. 19. *c.* 14. *in fin.* LAUTERBACH. *colleg. ff. tit. de hered.* §. 27.

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Ich zweiffele noch daran, spricht TITIUS *Observat. Lauterbach.* 193. es kömmet nicht auf die altväterischen Texte des Römischen Corporis Iuris an, welche zum verlegenen Iure Formulario gehören; sondern man muß sich nach dem heutigen Usu oder Observanz in foro & Praxi reguliren.

LXV. Gout.

Können denn die Kinder annoch in 90. oder gar in 120. Jahren die väterliche Erbschafft in Anspruch nehmen?

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Ja, nach der Analogia Edicti successorii ist es in der Observanz und dem Usu Fori practico also eingeführet, daß die Kinder diverso respectu et ordine der Eltern Erbschafft in 3. bis 4. mahl 30. Jahren fordern können, als: (1.) in 30. Jahren Unde Liberi, (2.) in 30. Jahren, Unde *Agnati*, (3.) Unde *Cognati*; oder

damit

damit 120. Jahre heraus kommen, (1.) ex Ordine Descendentium suorum. (2.) *Emancipatorum*, (3.) *Agnatorum*, & (4.) *Cognatorum*. Und daran ist in Praxi gar nicht zu zweifeln. Vid. PHILIPPI *Vs. Pract. Instit. L.* 3. *tit.* 10. *eclog.* 34. STRUV. *exerc.* 10. *th.* 68. *ibique Pet.* MÜLLER. *not.lit.* γ. BALD. SICHARD. *et alii* DD. ad *L.* 8. *C. de jur. delib.* BRUNNEMANN. *ad eand. l.* 8. *num.* 6. *L.B. de* LYNCKER *analect. Inst. L.* 3. *t.* 10. §. 5. & *ad ff. L.* 5. *t.* 3. *th.* 68. *it. L.* 38. *t.* 9. *th.* 76. *Comm. ff. L.* 5. *t.* 3. §. 11. BESOLD. *Consil.* 134. *qu.* 1. *in fin.* KLOCK. 4. *Cons.* 25. & 100. *n.* 5. *A.* FABER *de error. pragm. decad.* 3. *error.* 8. it. *L.* 9. *Cod Sab. t.* 11. *d.* 3. HILLIGER. *in Donell. L.* 7. *c.* 3. *lit. B.* BARRY *de success.* L. 11. *t.* 2 *n* 4. CARPZ. *P.* 3. *c.* 14. *d.* 30. *n.* 9. *seqq.* WERNHER. *P.* 3. *Obs. for.* 69. STRYK. *not. ad Lauterbach. comp. p.* 115. *voc. præscribitur.*

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Diese Meynung von 90. bis 120 Jahren der Erbschaffts-Verjährung ist falsch und ein grober Error Pragmaticorum. Bey der Successione Prætoria bonorum Possessionis möchte es wohl angehen; denn da war die Zeit gar kurtz eingeschrencket, nemlich in der geraden Linie auf ein Jahr, in der Seiten-Linie auf 100. Tage: dieses reimet und schicket sich aber auf die Civil Succession und deren 30. jährige Præscription

gar nicht. Darum mocquiren sich über diesen practicalischen Schnitzer billig NICOLAI *resolut. practic.* II. *Dn.* LEYSER. *med. ad ff. specim.* 94. *corollar.* I. *Dn.* COCCEI. *iur. controv. L.* 5. *tit.* 3. *de. hered. petit. Qu.* 22. TITIUS *observ. Lauterb.* 194. BERGER *oecon. jur. L.* 2. *t.* 4. §. 54. *not.* II. *et Resolut.* LAUTERB. *tit. de successor. edict. verb. admittitur tanquam agnatus.* it. *Lib.* I. *Resp.* 299. *Dn.* WERNHER. *P.* I. *Obs.* 310. LYNCKER. *Resol. pract.* 399. *junct. resol.* 252. *pag.* 379.

II.

Lib. V. Tit. 4.

Si pars hereditatis petatur.

LXVI. Gout.

Wenn ein Vater einen Sohn und eine schwangere Frau hinterlässet: wie viel kan denn der Sohn einsweils von der väterlichen Verlassenschafft durch die Erbschaffts-Klage fordern?

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Nicht mehr denn den vierdten Theil, weil die Mutter noch 3. Kinder gebähren kan; *l.* 3. *l.* 4. *ff. Si pars hered. pet. l.* 28. §. *fin. de jud. l.* 36. *de solut.* Und diese drey Hännßgen in Keller werden vor schon gebohren per fictionem

nem juris geachtet; und wird dahero dem Sohne sein vierdter Theil indessen nur pro indiviso zugesprochen, per *L.* 7. *si pars hered. pet.* Geschiehet es nun, daß die Frau weniger als 3. Kinder hecket, so accresciret dem Sohne die Uebermasse pro rata; bringet sie aber deren mehr, als 3. zur Welt, so gehet von seinem vierdten Theile so viel ab, als denen mehr gebohrnen gebühret und zukommet, Vid. DONELL. & HILLIGER. *L.* 19. *c.* 18. *lit. D.* STRVV. *exerc.* 10. *th.* 74. *ibique Evolut.* LYNCKER. *comm. ff. tit. si pars hered. pet.* §. 3. Und dieses wird noch heut zu Tage also gehalten, teste *Dn.* COCCEIO *jur. controv. L.* 5. *t.* 5. *Si pars hered. pet. Qu.* 1. *in fin.* & STRYKIO *Vs. Mod. ff. d. t.* §. 2. Wie denn auch STRYKIVS *in Not. ad Lauterb. Comp. p.* 115. *voc. vid. L.* 7. wie auch der Herr LEYSER. *in medit. ad ff. specim.* 94. *coroll.* 2. den *Paulum in d. l.* 3. excusiren.

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Das ist ein recht Ius nugatorium Romanum, und hätte Paulus die Zeit viel besser anwenden können, wenn er sich auf solche Fälle appliciret hätte, welche mehrentheils in foro & praxi vorkommen, als daß er mit seiner Vorsorge über eine solche Avanture spindisiren wollen, welche sich in vielen Jahren kaum einmal zuträget, wie TITIVS *observ. Lauterbach.* 195. erinnert; zumal da er wider die Regulas Præsumtionis gar sehr schlägelt, wie ihn LVDOVICI in seinen *Supplementis ad Compendium Lauterbachianum* notiret; daß wir also die

Zänckerey der Doctorum über sothanen *Legem* 3. *l. t.* gar wohl entrathen könten, wie KRESSIUS *Specim. jur. civ. for. L. 2. tit. 16. §. 3.* dafür halten will. Es will auch mit des *Pauli* Meynung nicht zufrieden seyn *Alphons. a* CARANZA *de partu. c. 18. num. 6 & seqq.*

II.

Lib. V. Tit. 6.

De Fideicommissaria hereditatis Petitione.

LXVII. Gout.

Ist denn die Fideicommissaria hereditatis petitio eine Actio Civilis oder eine Actio Prætoria?

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Diese Frage ist nicht vergebens, sintemahl noch heut zu Tage ein grosser Unterschied ist unter denen Civil-Klagen, und unter denen Prætorischen Klagen, wie sie in Corpore Iuris verfasset und eingerichtet sind, welches in complexu von denen Teutschen Kaysern und Reichs-Ständen im Heil. Röm. Reiche Teutscher Nation recipiret ist. Es folget auch gar nicht: weil wir heut zu Tage keine Prætores mehr haben, Ergo hat die Art und der Unterschied der Civil-und Prætorischen Klagen aufgehöret; sondern dieses ist nur daher zu schliessen: Ergo werden keine neuen Prætorische Actiones mehr von ihnen gemachet und eingeführet; denn die Vernunfft

nunfft und Erfahrung giebets, daß, wenn gleich die caussa externa efficiens oder Verfertiger eines Dinges, z. E. ein Künstler und Handwercksmann vorlängst gestorben und vermodert ist, dennoch seine gemachte Arbeit diese Stunde noch dauret, operiret, und ihren Nutzen hat. Die Römischen Aediles Curales sind vor längst ad Patres marchiret, gilt denn deswegen Edictum aedilitium nichts mehr? Accursio, Bartolo, Baldo, und andern berühmten alten und neuern Rechts-Lehrern thut kein Zahn mehr weh: kan man denn ihre Schrifften heutiges Tages nicht mehr nutzen und brauchen? Es wäre eben so absurd, als wenn man sagen wolte: *Moses* ist schon längst verstorben, und seine zwo Tafeln finden sich nicht; Ergo sind die heil. zehen Geboth nicht mehr Mode oder in usu! Wie lautet aber das Evangelium: Sie haben Mosen und die Propheten, laß sie dieselben hören! Oder wenn man vorgeben wolte: der Apostel Paulus ist nun lange nicht mehr in der Welt gewesen; darum hat man nicht Ursach nach seiner Epistel an die Corinthier zu leben. Daß nun der merckliche Unterschied unter denen Civil- und Prætorischen Actionen noch bis dato gebräuchlich sey, sonderlich was die Verjährung anlanget; das erinnern gar vernünfftig B. STRYKIUS *in Vs. Mod. ff. tit. de Obl. et Act.* §. 2. MENCKEN. *theor. & prax. ff. d. t.* §. 14. *Dn.* COCCEI. *jur. controv. L.* 5. *t.* 6. *de fideicommiss. hæred. pet. Qu.* 1. *in fin.*

Solchemnach nun auf die vorgelegte Frage die rechte Meynung zu sagen, so kan man diese Fidei-

 commiss-

commiſs Klage keineswegs vor eine Prætoriſche Klage halten, weil ſie kein Römiſcher Prætor erdacht und eingeführet hat; ſondern ſie iſt und bleibet eine Civil-Klage, welche aus dem Senatusconſulto Trebelliano entſtanden, welches ja eine ſpecies Iuris Civilis Romani iſt, *L.7. ff. de I. & I. tot. tit. ad SCt. Trebell.* Es will zwar das Anſehen gewinnen, als wann die Hereditatis petitio Civilis dieſer Klage entgegen geſetzet würde in *L.2. ff. de fideicomm. her. pet.* Allein da wird actio civilis ſtricte genommen, vor diejenige, ſo ex jure veteri XII. tabb. entſtanden, wie die directa hereditatis petitio beſchaffen iſt; und aus dem *Lege* 1. *pr. d.t* und dem §. 4. *Inſt. de fideicommiſſ. hered.* iſt nichts anders zu nehmen, als daß der Prætor dieſe Action dem Fideicommiſs-Erben gegeben habe; Er hat aber alle Actiones, auch die civiles, denen Klägern promittiret und per Formulam præſcriptam gegeben. Vid. LYNCKER. *comm. ff. tit. de fideicommiſſ hered. pet.* §. 7. *junct.* §. 2. *Dn.* COCCEI. *jur. controv. d. t. Qu.* 1. PRESSEL. *not. ad Lauterb. comp. p.* 115 *voc. Civilis.* STRUV. *exerc. ff.* 10. *th* 80. *ibique Evolut. & Pet.* MÜLLER. *not. lit. a.* HAHN. *ad Weſenbec. d. t. num.* 1. BACHOV. *ad Weſenb. it. de hered. pet. num.* 7. *& ad Treutler. Vol.* 1. *D.* 14. *th.* 3. *lit. c.*

b) Aus der Coffé-Taſſe.

Reſp. Es belohnet ſich wohl der Mühe, daß man ſich über die vergebliche Frage, welche heutiges Tages nicht den geringſten Nutzen hat, den

Kopf

Kopf zerbrechen solte! wer sich in die Römischen verworrene Haarlocken verliebet hat, und dieselben genau observiren will, der glaube, was er will! er wird von einem so viel Nutzen und Vortheil haben, als vom andern; ich lasse einem jedweden seinen Geschmack, schreibet TITIVS *observat. Lauterb.* 197. *in fin. Matthæus* WESENBEC. ist es nicht allein, welcher die Fideicommissarische Erbschaffts-Klage vor eine Prætorische Action in seinen *Paratitl.* π. *de fideicommiss. hered. pet. tit. de hered. pet. n.* 7. gehalten, welcher doch auch ein guter Philosophus gewesen, und den Methodum caussarum gar wohl verstanden; sondern OLDENDORPIVS in seinen *Classibus Actionum cl.* 5. *art.* 7. *pr. n.* 1. ja selbst die GLOSSA *ad L.* 2. *d. t.* wie auch TREVTLERVS *Vol.* 1. *D.* 14. *th.* 3. *lit. C.* und daselbst HVNNIVS *in resolut.* haben sie auch dafür erkannt und ausgegeben. Es ist ja keine actio criminalis, darum kan sie wohl in solchem Verstande civilis genennet werden.

II.

Lib. X. Tit. 2.

Familiæ herciscundæ.

*
* *

Bey der Erbtheilungs-Klage sind auch einige singularia zu lesen beym LEYSERO *in Meditat. ad ff.* als: *Specim.* 115. de Familia ercifcunda. *Spec.* 116. de Rebus hereditariis uni adjudicandis. *Spec.* 117. de Impugnatione divisionum hereditariarum.

LXVIII. Gout.

Ist denn die Erbtheilungs-Klage eine actio mixta oder simplex?

a) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Der gantze und einige Grund dieser Klage ist die Communion der gemeinschafftlichen Erbschafft; diese aber ist ein Quasi-Contractus, welcher kein Jus in re, sondern bloß ein Jus ad rem und Obligation, mithin eine schlechte Personal-Klage zur Welt gebieret. §. 4. *Inst. de oblig. quæ qs. ex contract.* Und ob gleich der Kayser Justinian. in dem §. 20. *Inst. de Act.* meldet, quod familiæ erciscundæ actio mixtam causam obtinere videatur, tam in rem, quam in personam; so saget er doch nicht, quod revera obtineat causam in rem, sondern er zeiget durch das Wort: *videntur*, die Improprietät und blosse Gleichnüß deutlich genug an, nehmlich daß der Kläger nicht *efficienter* ex jure hereditario; sondern nur *objective*, wie per hereditatis petitionem partialem. Denn sonst würde er wohl diese Quæstion flugs bey Endigung der Division derer actionum realium et personalium a §. 1. usque *ad* §. 15. moviret, und nicht erst nach der andern Division ab *objecto* §. 16. *seqq.* verspahret haben, woselbst er de actionibus revera mixtis handelt, und die actiones apparenter mixtas als ein simile nominis nur zur illustration anfüget. Und wo stehet denn in Jure, daß Hereditas, als ein Jus in re, zweyerley Actiones producire, so wohl actionem

Fami-

Familiæ erciſcundæ, als *Hereditatis petitionem*? durch das Wort: *videntur*, wird ordentlicher weiſe eine bloſſe Apparenz und Vergleichung, und keine Würcklichkeit verſtanden, z. E. in ſpeculo *videtur* ſtare homo, es ſcheinet, als ob ein Menſch darinnen ſtünde; quædam meretrix *videtur* caſtæ mentis cauſam habere, ſie ſcheinet die züchtigſte reine Jungfer zu ſeyn; und hat doch 2. bis 3. Hurkinder! Iſt ſie es denn in der That? En fin: die Erbtheilungs-Action iſt keine Actio efficienter mixta. *L. B. de* LYNCKER *Analect. ff. L.* 10. *t.* 2. *th.* 3. it. *ad Inſtit. L.* 3. *t.* 28. §. 4. & *L.* 4. *t.* 6. §. 20. *ad Locamer. n.* 96. BERGER. *reſol. Lauterb. tit. fam. erciſc. qu.* 1. HUBER. *prælect. Inſt. tit. de action. n.* 22. & *ff. tit. fam. erciſc. num.* 2. *junct. tit. fin. reg. n.* 1. DONELL. *in* §. 1. & 20. *Inſt. de Action.* it. *comm. L.* 19. *c.* 2. *lit. G. ibique* HILLIGER. *plur. alleg. DD.* JASON. *in d.* §. 20. *pr.* Ant. FABER *L.* 20. *conject.* 19.

b.) Aus der Coffé-Taſſe.

Reſp. Es iſt allerdings eine Actio *Mixta*, ſo wohl ratione Cauſæ *Efficientis*, indem ich meinen Erbantheil a Poſſeſſore ex jure hereditario *vindicire*, und die Præſtationes perſonales ex quaſi contractu & obligatione *condicire. arg.* §. 15. *Inſt. de Action.* Wohin der Imperator ſonder Zweiffel *in* §. 20. *Inſt. de Actionib*, und in §. 4. *Inſt. de oblig. quæ*

quaſ.

quaſ. ex contr. or. junct. §. 3. *eod.* reflectiret. Dahero das critiſiren und grilliſiren über das Wort: *videntur*, der wahren Meynung keinen Abbruch thut, welches auch der gelehrte und berühmte HUBERUS vor eine affectirte chimere anſiehet, wenn er in ſeinen *Prælect. Inſt. Lib.* 4. *tit.* 6. *num.* 22. alſo ſchreibet: Enimvero verbum *videtur*, quod eſt *d.* §. 20. cavillari, nimis ſubtile eſt; Nam etſi hoc verbum aliquando fictionem aut improprietatem ſignificat, ut in *l.* 3. §. *ult. ff. ex quib. cauſ. in poſſ. eat.* ſæpiſſime tamen veteres ita loquuntur, ubi fortiſſime aliquid affirmant, §. 17. *h. t. l.* 33. *de jurejur.* quando & judices in ipſa ſententia pronunciabant, ſibi *videri*, *l.* 27. §. 1. *de liber. cauſ. l.* 21. *§.* 1. *de recept. act.* Dieſe beſſere Meynung behaupten die vortrefflichſten Jureconſulti, STRUVIUS *exerc. ff.* 15. *th.* 3. *ibique* Pet. MULLER. *not. lit.* γ. LAUTERBACH. *Colleg. ff. tit. fam. erciſc. th.* 3. *junct. th.* 6. *ſeq.* COCCEJ. *jur. controv. d. t. qu.* 1. & *ad tit. præced. Fin. reg. qu.* 1. it. *ad tit. de hered. pet. qu.* 2. TREUTLER. *V.* 1. *D.* 19. *th.* 1. *ibique* BACHOV. HILLIGER. *in Donell. enucl. L. c.* 19. 2. *lit. G.* BICCIUS *in aur. ſect.* 5. *th.* 17. SCHACHER. *Diſp. de jud. fam. erciſc. th.* 10.

LXIX. Gout.

Entſtehet denn dieſe Klage aus dem Erb-Rechte oder nicht?

a) Aus

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Diese Frage erlediget sich aus der vorhergehenden. Denn wenn sie mere personalis ist, so kan sie nicht ex Jure hereditario entstehen, welches ein jus in re ist und bleibet, und nur eine Real-Action, nehmlich Hereditatis petitionem, zu Marckte bringet. Und wo ist denn in gantzen Corpore Juris ein einziger Lex zu finden, welcher saget oder behauptet: Hereditas, i. e. Jus hereditatis, producit duas actiones, Hereditatis petitionem, & actionem Familiæ herciscundæ? Es kan zwar niemand diese Erbtheilungs-Klage anstellen, als wer ein Mit-Erbe ist: allein man muß nicht die rechte würckende Ursache mit einem erforderten Neben-Requisito, welches die Philosophi *conditionem sine qua non* nennen, confundiren. Zu Mitternacht kan man kein Sonnen-Licht in die Stuben bringen, wenn man gleich Thüren und Fenster aufmachet; aber auch am hellen lichten Tage nicht, wo nicht die dicken Fenster-Laden aufgeschoben werden: giebet denn aber das Aufschieben der Fenster-Laden oder nur die Sonne allein das Licht in die Stube? Also kan der Quasi Contract der Erbschaffts-Commun, als causa solitaria dieser gantzen Action, diese zwar nicht gebären und herfür bringen, wo nicht das Erb-Recht vorhanden ist; allein das Erb-Recht hilfft nicht an der Klage mit arbeiten, sondern einzig und allein der Quasi Contract der Gemeinschafft des Erbes bringet diese Klage hervor. *L. B. de* LYNCKERana

analect. ff. L. 10. t. 2. th. 3. & alii DD. ad quæst. præced. citati sub. lit. a.

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Freylich entstehet sie zum theil, sofern sie als eine dingliche Klage auf die Vindication der Erb-Portion eingerichtet ist, aus dem Erb-Rechte. Vid. STRUV. LAUTERBACH. COCCEIUS, und übrige *ad quæst. præced. lit. b.* angezogene Doctores.

LXX. Gout.

Ist denn der Quasi-Contract dieser Theilungs-Klage die Erbschaffts-Communion oder nur deren Administration oder Verwaltung?

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. STRUVIUS *exerc. ff. 15. th. 3.* saget gar recht, daß die hereditatis Communio der Quasi Contract sey, woraus diese Action als personalis entstehe; ob er gleich sonst das Jus Hereditarium als eine Concausam actionis realis, (wiewohl unrecht nach der vorhergehenden Frage) zum Grunde setzen will. Denn wenn der Mit-Erbe nicht in der Gemeinschafft des Erb-Rechts stünde, so wäre er nicht persönlich verbunden, die Erb-Portion mit dem andern abzutheilen, worzu er doch gehalten ist, er mag in der Administration gewesen seyn, und die commoda oder Früchte genossen haben, oder nicht. Dieß ist die rechte Meynung der Analogiæ Juris Civilis und dererjenigen Doctorum, welche actionem simplicem &

mere

mere personalem statuiren. Vid. late NICEI L. LYNCKERI *monit. ad Stryk. tr. de action. investig. S. 2. m. 3. §. 23. n. 4090.* sqq. conf. *L. 25. §. 16. ff. fam. ercisc.* ibi: *Coheredes conjunxit ad societatem, non consensus, sed res.* weil nehmlich daraus die obligation ad factum divisionis præsumiret wird.

b) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Die Communion der Erbschafft ist keinesweges der Quasi-Contract, woraus die obligation und action der Theilung entstehet; sondern eintzig und allein die Verwaltung und Einhebung der Erbschaffts-Früchte und Nutzungen, worzu der Administrator verbunden ist, dieselben zu berechnen und abzutheilen. Ausser dem ist gar kein Quasi-Contractus vorhanden, sondern die Abtheilungs-Action ist tota quanta mere realis, *arg. tot. tit. ff. Si pars hereditatis petatur.* Also raisonniret der deutliche STRYKIUS *in not. ad Compend. Lauterb. L. 10. t. 2. pag. 150. voc. ex quasi contract. & in Tr. de action. investig. S. 2. m. 3. §. 23.* Ja TITIUS *in Observ. Lauterb.* hält es vor eine elende subtilität und eitele Weißheit der Römer, wenn sie allhier einen Quasi-Contractum fingiren wollen.

LXXI. Gout.

Ist denn ein Consensus præsumtus der Grund dieses Quasi-Contractus.

a) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Freylich: denn alle Quasi-Contractus præsupponiren zwar keinen verum consen-

sensum, neque expressum neque tacitum, denn sonst wären es Veri Contractus oder Pacta; aber doch wird ein factum licitum obligatorium erfordert, woraus man vermuthen kan, daß beyde Theile einander ad aliquid dandum vel faciendum aut præstandum wollen verbunden seyn; wormit aber nicht zu confundiren sind die Obligationes *immediatæ* legum, woraus die actiones *dativæ*, wie sie genennet werden, zu entstehen pflegen, welches oben schon *ad Tit. de Pact.* mit mehrern ist gezeiget worden. Allhier nun ist das factum licitum, woraus der Consens zur Vertheilung præsumiret wird, die Erkenntnüß und Annehmung des gemeinschafftlichen Erbes. Daß also LAUTERBACH. *in Comp. ff. tit. fam. erc. p. m.* 150. & *Colleg. ff. eod.* §. 6. und andere DD. gantz recht einen Consensum præsumtum zum Grunde setzen.

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. O! bleibet zu Hause mit der chimere des præsumirten consensus! der Herr COCCEIUS in seinem *Iure controverso ad tit. fam. erc. Qu.* 2 hat es dem Lauterbach schon anders gewiesen, daß nemlich dieser Quasi Contract sich auf keinen præsumirten Consens steiffen könne, sondern aus dem zuläßigen facto der Administration entstehe; welches er *ad tit. de Pact. Qu.* 2. & 12. allwo er dargethan, daß ein jeder zu solchen Præstationen nach dem natürlichen Rechte, ohne einige Convention, gehalten sey, weil er aus eines andern seiner Sache ein Lucrum bey sich hat: was brauchet es denn hierzu erst einen Consens zu præsumiren? LXXII.

LXXII. Gout.

Muß denn der Kläger oder Provocant allemahl, wenn er gleich in Possess der Erbschafft ist, sich durch die Erbschaffts-Klage oder die hereditatis Petition ad causam legitimiren, wenn er diese Erbtheilungs-Klage anstellet?

a) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Es ist hier ein Unterschied zu machen: wenn der Kläger oder Provocant in der Possess ist, und der Beklagte oder Provocat will ihn nicht vor einen Mit-Erben annehmen, noch dißfalls sich zur Abtheilung verstehen: so kan jener in eben diesem Iudicio die Erbschaffts-Frage ausmachen, und brauchet nicht, sich erst per hereditatis Petitionem durch einen besondern Process ad causam zu legitimiren, sondern der Beklagte muß sich auf die Klage einlassen und antworten, und hierauf des Beweises erwarten. Wann aber der Provocant oder Kläger nicht in Besitz ist, und dennoch auf die Vertheilung dringet, so muß er freylich vorerst sich zur Sache per Hereditatis Petitionem, als ein Mit-Erbe, legitimiren, und wird der Theilungs-Proceß immittelst, bis zur geendigten Præjudicial-Klage ausgesetzet; es wolle denn Beklagter, Zeit und Unkosten zu ersparen, sich ohne weitern Proceß zur Vertheilung in Güthe beqvehmen. Also ist die Frage zu decidiren per *L.* 1. §. 1. *ff. fam. ercisc.* vid. FRANZK. *comm. ad ff. L.* 10. *t.* 2. *n.* 10. STRUV. *exerc. ff.* 15. *th.* 5. LAUTERBACH. *colleg. ff. L.* 10. *t.* 2. *§.* 8.

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Was, distinguiren hin, distinguiren her! die Possess machet nicht flugs einen Erben, mit welchem man abzutheilen oder die Früchte zu berechnen schuldig wäre. Es mag demnach der Kläger oder Provocant in der Possess seyn oder nicht, so muß er dennoch die Præjudicial-Klage seines prætextirten Erb-Rechts, welches in das Petitorium gehöret, besonders ausführen, ehe und bevor er diese Klage anstellen kan. Also lehret ohne Unterscheid WESEMBECIUS *paratit. π. tit fam. ercisc. n. 4. in fin.* und also krähet ihm auch sein *Hahn* hinnach *ad d. num.* 4. wie dieselben auch anziehet LAUTERBACH. *d. §.* 8.

LXXIII. Gout.

Muß denn aber derjenige, welcher in der Compossess der Erbschafft sitzet, sein Erb-Recht bey diesem Theilungs-Iudicio beweisen oder nicht?

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Ja, wenn ihm solches von dem Beklagten in der Kriegsbefestigung verneinet wird, so muß er dasselbe allerdinges beweisen, mit Vorbehalt des Beklagten Gegen-Beweises, Eydes Delation, und anderer rechtlichen Nothdurfft; und solcher gestalt bleibet es bey der Rechts-Regul: Actori incumbit probatio; der Kläger muß den Grund seiner Klage erweisen; it. Affirmanti sive asserenti incumbit probatio. Dieses ist sonder Zweiffel des STRUVII Meynung *exerc.* 15. *th.* 5. *ibi: sed probabit se esse heredem.*

b.) Aus

b.) Aus der Coffé - Tasse.

Resp. Was? der Possessor hat die Præsumtion vor sich, welche das Onus auf den Gegentheil wirfft, *l. ult ff. quod met. caus. l. 5. ff. de probat.* & Præsumtio vim habet probationis, MASCARD. *de probat. concl.* 1222. *n.* 2. MENOCH. 1. *præs.* 36. PACIAN. 1. *de probat.* 8. *n.* 3. Dahero STRYKIUS *in Not. ad Lauterb. tit. fam. erc. p. m.* 150 *voc. possideat.* den Lauterbach eben also verstehet, wenn er schreibet: Possessor enim ordinarie ab onere probandi est immunis. Und LUDOVICI in *supplem. ad Lauterb. d. t. voc. Ventilanda.* notiret also: Ita scilicet, ut alter qui negat me esse coheredem, hoc probare teneatur. Possessor enim non probat.

LXXIV. Gout.

Kan denn der Testator ordnen daß, nach seines Creditoris Begehren, seine Erben nicht pro portione hereditaria, sondern ein jeder, welchen der Creditor erwehlen würde, in solidum solle verhafftet seyn?

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Wenn es eine Schuld ist, welche sich theilen lässet, als welche in Gelde oder anderer Quantität bestehet, so ist dieselbe ipso jure inter coheredes vertheilet, *l.* 6. *C. fam. ercisc.* Ja auch untheilbare Schulden können anderer gestalt nicht, als per modum Cessionis aut Mandati denen Coheredibus aufbürden oder angedeyhen lassen, vid. STRUV. *exerc. ff.* 15. *th.* 8. Und diese rechtliche Vertheilung ziehet mancher-

ley Exceptiones wegen der Verjährung und sonsten nach sich. vid. BERGER. *resol. Lauterb. tit. fam. ercisc. animadv. post Qu.* 1. Daß aber der Debitor selber seine künfftigen Erben einen jeden in solidum obligiren wolle, das gehet nicht an; und ein solches zwischen dem Creditore und Testatore Debitore getroffenes Pactum hebet die Division unter mehrern Mit-Erben nicht auf, noch benimmet ihnen die Exception: *Ego non sum solus heres.* MEV. *P.* 5. *Dec.* 66. BRUNNEMANN. *ad L.* 56. *ff. de V. O. n.* 1. CARPZOV. *P.* 3. *Dec.* 252. FRANZK. *L.* 1. *Res.* 6. *n.* 28. PARLADOR. *rer. quotid. P.* 4. *c. fin.* §. 1. *n.* 12.

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Das weiß der sel. STRYKIUS *not. ad Lauterb. p.* 150. *ad voc. Dividuntur & in tr. de Cautel. contract. S.* 3. *c.* 4. §. 6. besser, daß nemlich dergleichen Pactum nicht vergeblich seyn, sondern allerdings seine Krafft und Würckung haben müsse. Denn ob gleich der L. XII. Tabb. die Actiones vertheilet habe, welches nur eine Provisio legis ist; so sey doch allezeit die provisio & divisio hominis weit mächtiger und stärcker, und könne ausser Zweifel dem Erben von dem Testatore etwas benommen werden, da er so gar des Erben eigenthümliche Sache einem andern legiren und vermachen könne, und ein Erbe ad factum defuncti præstandum schlechterdinges verbunden sey. Es wird aber præsupponiret, daß die Schuld-Post, welche einer alleine in solidum bezahlen soll, dessen Erb-

Portion

Portion nicht übersteige, welche er von dem Erblasser bekommen, denn das Gravamen muß nicht grösser seyn, als das Commodum oder der Genuß. Hernach wird præsupponiret, daß denen Kindern dadurch kein Gravamen in ihrem Pflicht-Theile zustosse, welches ebenfalls nicht bestehen könte, *l. 32. C. de inoff. test.* Hierzu kömmet die wichtigste Raison: daß der Testator befugt ist, den Erben durch einen Contract zu etwas zu verbinden, worzu er bey seinen Lebzeiten selbst nicht gehalten war; und kan die Obligation erst in des Erben Person ihren Anfang nehmen, *arg. tot. tit. C. ut act. ab hered. & contr. hered. incip.* Gilt nun dieses Versprechen: Mein Erbe Primus soll dir nach meinem Todte 1000. Thlr. bezahlen: warum solte denn dieses Pactum nicht eben so wohl gültig seyn: Mein erster Erbe soll nach meinem Tode die 1000. Thlr, so ich dir schuldig bin, alleine in solidum bezahlen? Des Mevii Rationes widerleget STRYKIUS *cit. loc.* §. 7.

LXXV. Gout.

Wird denn durch die angestellete Erbtheilungs-Klage der andere vor einen würcklichen Mit-Erben erkannt und angenommen?

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Nein, keinesweges, sondern der Kläger kan sich re integra, ehe und bevor der Beklagte durch einen Rechtskräfftigen Spruch oder beständigen Vergleich vor einen Mit-Erben erkläret oder erkannt wird, sich anders besinnen, und

noch die gantze Erbschafft oder den andern Theil nachfordern, *per* L. 37. *ff. fam. erciſc. arg. l.* 12. §. 1. *ff. de acquir. vel am. poſſ.* FRANZK. *comm. ad tit. fam. erc. n.* 9. BACHOV. *V.* I. D. 19. *th.* 9. *lit.* D. LAUTERBACH. *comp. jur. tit. fam. erc. in* E. *p. m.* 151. & *Colleg. ff. d. t.* § 9. TITIUS *Obſervat. Lauterb.* 277. CUIAC. *L.* 9. *Obſ.* 36. STRUV. *exerc. ff.* 15. *th.* 5. *ibique Evolut.* & LYNCKER. *analect.* Sintemal der Kläger weder negiret, noch gestehet, daß der Beklagte ein wahrer Erbe sey, sondern nur in seinen Gedancken ihn einsweils dafür ansiehet, und in solcher irrigen Hypothesi immittelst seinen unstrittigen Theil suchet. Und noch vielmehr ist dieses zu observiren, wenn ohne diese Klage die Theilung nur privatim geschehen ist, LAUTERBACH. *d.* §. 9. *in fin.* Wenn er aber nun seinen Irrthum erkennet, und diese Hypothesin, welche er bis daher weder vor wahr, noch vor falsch angenommen oder ausgegeben, abandonniret und verläßt; so hindert ihn nichts, daß er nicht die gantze Erbschafft annoch zu rechter Zeit durch die Hereditatis Petition fordern und den übrigen Theil nachholen könte; und brauchet es nicht, dem klaren Texte *d. Legis* 37. Gewalt anzuthun, und denselben nach denen nie recipirten Basilicis zu corrigiren oder vielmehr corrumpiren.

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Aha! lachet doch! wer wolte sich doch bey gesunder Vernunfft bereden lassen, daß derjenige mich nicht vor seinen Mit-Erben erkenne-

te

te, welcher von mir, ohne alle Protestation, nur seinen Antheil der Erbschafft fordert? ein Kläger fordert lieber mehr, als weniger. So wohl die Vernunfft, als die Leges sagen viel ein anders. Wenn man einen vor einen Mit-Erben einmahl ipso facto agnosciret, und von ihm nur den gebührenden Antheil abgefordert hat, so kan man hernach nicht wieder auf die Hinterbeine treten und das tacite oder implicite vergebene Stück der Erbschafft nachfordern, also behaupten *per L.* 1 §. 1. *l.* 5. §. 1. *fam. ercisc. l.* 1 §. 2. *Si pars hered. pet.* PAGENSTECHER. *sicilim. manip.* 4. *ad Lauterb. Comp. pag.* 151. *verb. Instituta actione Familiæ Erciscundæ p. m.* 99. CVIAC. *paratitl. Cod. fam. ercisc.* TREVTLER. *Vol.* 1. *Disp.* 19. *th.* 9. *lit. D.* Es muß demnach der widrige Text des *Legis* 37. *ff. fam. erc.* affirmative gelesen, und das NON ausgestrichen werden, wie in *Basilicis* stehet; oder die Lectio negatiua ist von dem Beklagten zu verstehen, indem dieser excipiendo zum Kläger wird, *l.* 1. *ff. de except.* zumal in diesem Iudicio duplici, *l.* 37. *de oblig. & Act.* Oder aber ist die affirmativa also zu verstehen, daß er zwar nicht plene dem andern das Erb-Recht zugestehe, aber sich doch das Onus probandi stärcker auf den Halß lade.

LXXVI. Gout.

Kan denn eine gerichtliche Erbvertheilung nicht umgestossen werden, wenn der

eine Mit-Erbe enormiter und über die Helffte verkürtzet ist?

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Wenn sich die Erben aussergerichtlich mit einander vertheilet haben, so muß die Verletzung gut gethan werden, wenn sie gleich nicht enorm und über die Helffte ist, *per L.* 3. *C. commun. utr. jud.* HAHN. *ad* WESENB. *tit. fam. erc. in f.* BERLICH. *p.* 1. *decis.* 146. *n.* 4. *seq.* LAUTERBACH. *colleg. ff. d. t.* §. 25. STRUV. *exerc. ff.* 15. *th.* 16. COCCEI. *jur. controv. L.* 10. *t.* 2. *qu.* 7. *Ejusve Parens. disp. de remed. Legis* 3. *C. commun. utr. jud.* Wenn aber die Vertheilung gerichtlich oder durch Urthel und Recht, so nicht durch Appellation oder ein ander Remedium von der Rechts-Krafft suspendiret und emendiret ist, ausgemachet worden, so bleibet die Theilung sammt der Læsion beständig, und kan nicht umgestossen werden, wenn sie gleich ohnmäßig wäre, *arg. l.* 36. *ff. fam. erciſc. l.* 4. *C. de re jud. l.* 2. *C. quand. prov. non est nec. l.* 2. *C. sent. rescind. non poss.* CARPZOV. P. 2. c. 34. *d.* 11. & P. 3. c. 15. *d.* 20. HAHN. *ad* WESENB. *d. l.* LAUTERB. *colleg. ff. L.* 10. *t.* 2. §. 24. STRUV. *d. exerc.* 15. *th.* 16. *ibique Pet.* MÜLLER. *not. ad Richter. decis.* 99. *n.* 46. Dahero als eine sonderliche Cautel recommendiret wird, daß man die Erbtheilung gerichtlich vornehme, oder doch gerichtlich confirmiren und bestätigen lasse. CARPZOV. P. 2. c. 34. *d.* 4. STRYK. *de cautel. contract. S.* 3. c. 4. §. 34. *in fin.*

b.) Aus

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Es siehet zwar schwer und gefährlich aus, so vielen bewährten Rechts-Lehrern mit ihren angeführten Legibus zu widersprechen; allein es giebet doch hinter dem Berge auch noch Leute, welche Kritz (κρίσιν) im Kopfe haben; zumahl wenn sie sehen, daß eine Meynung gar zu hart und unbillig, und gleichwol kein klarer Lex vorhanden ist, welcher dieselbe stabilirete. Ich will nur ein Exempel geben: Es stirbet ein alter Bauer oder Vater, verlässet zween Söhne, und an Güthern über 5000. Thlr. werth. Die Söhne, welche als Litterati oder Handwercks-Leute die Güther und deren Ertrag nicht verstehen, ersuchen den Herrn Amtmann oder Gerichts-Directorem. (welcher in rebus œconomicis eben so dumm und unerfahren ist, als die beyden Erben,) nimmet die Theilung auf seine Hörner, und partagiret die bona hereditaria ex equo & bove, und nicht ex æquo & bono; bestätiget sothane Vertheilung durch einen Rechts-kräfftigen Bescheid. Nach der Zeit nimmet der eine Bruder wahr, daß der andere aus seiner Portion immer mehr Vortheil ziehet, als er aus der seinigen. Er ziehet daher einen verständigen Hauß-Wirth zu rathe, lässet beyderley Güther untersuchen und sein arbitrium über den rechten Werth ertheilen, da sich dann befindet, daß jenes sein Antheil an die 3000. thlr. sich erstrecket, dieses seine Portion kaum 1400. thlr. austräget: wer wolte nun nach Recht und Billigkeit dem so sehr verkürtzten Bruder das

Remedium Legis 2. *C. de rescind. vendit.* absprechen? Ist denn allhier nicht justa causa restitutionis in integrum obhanden, welche auch contra sententiam statt hat, *l. 2. C. si advers. sentent. l. un. C. in integr. restit.* und ist denn eine so erschreckliche Læsion nicht Ursach genug, den verletzten Theil in vorigen Stand Rechtens zu setzen? Also muß man judiciren mit denen scharffsinnigen COCCEIIS *jun. in jur. controv. L. 10. tit. 2. quæst. 6. in fin. & Lib. 18. tit. 5. quæst. 13. & 18. it. sen. Disp. ad L. 3. C. commun. utr. jud. Sect. fin. §. 10. junct. Sect. 1. §. 1. 3. seq.*

LXXVII. Gout.

Kan denn eine aussergerichtliche Erbvertheilung umgestossen werden, wenn die Verkürtzung durchs Looß geschehen?

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Ja, das Remedium Legis 3. *C. commun. utr. jud.* hat dennoch statt, wenn die Verletzung mit Betrug, oder aus Irrthum und Unverstand, und nicht mit Vorbewust der Ungleichen Theile geschehen ist. Denn das Looß hindert die Læsion und Ungleichheit nicht, und da Lex 3. generaliter lautet, so bleibet man bey der Regul, bis die Exception von dem allegante bewiesen ist; und da die Restitution, des Loosses ohnerachtet, ex capite ætatis gegeben wird, warum solte es denn eben bey andern dergleichen Ursachen anders gehalten werden? Also statuiren FACHINAEUS *Lib. 8. controv.*

trov. c. 36. BRUNNEMANNUS *in L.* 2. *C. de rescind. vend. n.* 10. COCCEI. *sen. Disp. ad L.* 3. *C. commun. utr. jud. S.* 2. §. 15. *seq. & jun. Jur. controv. L.* 10. *t.* 2. *qu.* 9. LAUTERBACH. *Colleg. ff. L.* 10. *t.* 2. §. 25. CARPZOV. *P.* 3. *c.* 15. *d.* 19. *n.* 5. BACHOV. *V.* 1. *D.* 19. *th.* 2. *lit. C.* STRUV. *exerc.* 15. *th.* 16. SCOTAN. *D.* 37. *th.* 11.

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Was kan denn das unschuldige Looß darzu, daß die Erben die Abtheilung der Erb-Portionen nicht besser eingerichtet haben? Die Einbusse, woran einer selber Schuld ist, wird de jure vor keinen Schaden gehalten, *per L.* 203. *ff. de R. J. c. damnum.* 86. *de R. J. in* 6 *ibique Peck. Philipp. Matthaei de Reg. Jur. n.* 43. Es ist ja wie eine Lotterie oder ein Glückstopff, oder auch wie eine aufrichtige Wette: wenn ich zehen Rthlr. an einen setze, so muß ichs halten, so ich verspiele! Auf wen? und wie das Looß fällt, so fällt es. Deus est arbiter fortunæ: Kan nun eine Erbtheilung, welche ab arbitro compromissario per laudum geschehen, nicht rescindiret werden, wenn auch die Læsion noch so groß ist, Pet. MULLER *not. ad* STRUV. *ex.* 15. *th.* 16. *lit. a.* wie will sie denn contra auctoritatem arbitri divini übern Hauffen geworffen werden? Hat doch sonst keine Restitution in integrum statt, wenn jemand casu oder per adversam fortunam lædirt ist, *L.* 1. *C. de pact. l.* 11. *C. de transact.* Endlich ist auch die Abrede des Loos-

ses

ses wie ein Transact anzusehen: nun aber ist bekant, daß eine Transaction nicht einst propter enormem & immodicam læsionem kan umgestossen werden, *arg. l. 19. l. 23. C. de transact. l. 56. ff. de re jud. l. 65. §. 1. de condict. indeb. l. 6. de jur. & fact. ignor.* GAIL. *L. 2. obs. 70.* MYNSINGER *cent. 1. Obs. 33.* Es bleibet demnach darbey: Nimmest du dein Erbtheil durchs Looß, so wirst du desselben nicht wieder loß; Vid. *Bald. ad L. ait Prætor. §. ult. de minor. & in L. verum. §. sciendum. eod.* TIRAQVELL. *de jur. primogenitur. quæst. 17. obs. 1. n. 96. Phil.* MATTHAEI *vol. 1. consil. Marp. 32. n. 23. seqq.* ARUMAEUS *ad L. 2. C. de rescind. vend. D. 2. th. ult.*

LXXVIII. Gout.

Muß denn auch ein Erbe dem andern die Gewähr leisten, wenn der Testator die Abtheilung selber gemachet hat?

a) Aus der Thee-Tasse.

Resp. Wenn der Testator, z. E. der Vater unter seinen Kindern die Erbstücke vertheilet hat, und findet sich ein Stück darunter, welches von einem Tertio in Anspruch genommen und entwehret wird, so müssen freylich die andern Mit-Erben die Gewehr leisten; denn es wird vermuthet, es habe der Testator dafür gehalten, daß die Sache gewiß sein eigen sey; wie nun die Erbtheilung nicht anders, als ein Kauff oder Tausch, pro titulo oneroso zu achten ist; also wird

wird bey zugetheilten fremden Sachen die Gewehrsleistung erfordert, *l.* 33. *famil. erciſc. l.* 77. §. 8. *de legat.* 2. CYNUS in *L. ſi cogitatione C. fam. erciſc.* BACHOV *V.* 1. *D.* 19. *th.* 12. *lit. D.* STRUV. *exerc.* 15. *th.* 12. *ibique Evolut.* LAUTERBACH. *colleg. ff. L* 10. *t.* 2. §. 23. & *comp. ff. pag.* 152. FRANZK. *comm. ff. tit. de evict. n.* 366. *ſqq.* STRYK. *uſ. mod. ff. tit. fam. erc.* §. 9. SANDE *L.* 4. *t.* 11. *d.* 2.

b.) Aus der Coffé-Taſſe.

Reſp. Wenn der Teſtator ſelber die Abtheilung gemachet, und der Sohn oder die Tochter iſt nicht im Pflichttheile verkürtzet, ſo kan er mit Fug und Recht keine Gewehrsleiſtung prætendiren, per *l.* 77. *§.* 8. *pr. de Legat.* 2. denn ein Vater kan unter den Kindern auch eine ungleiche Eintheilung machen, *l.* 26. *C. fam. erciſc.* und auſſer dem Pflichttheil iſt dieſes eine cauſa mere lucrativa, wo die Gewehrsleiſtung ceſſiret, *l.* 18. *in fin. de don.* Auch was dem einen Kinde zu viel zugetheilet iſt, das bleibet als ein Voraus-Vermächtnüß, bey welchem das Remedium Legis 3. *C. comm. utr. jud.* keinen Platz findet. Conf. *l.* 32. §. 1. *ff. fam. erciſc. l.* 7. *l.* 18. *C. eod.* Dieſe Meinung defendiret TREUTLERUS *Vol.* 1. *D.* 19. *th.* 12. *lit. d.* nebſt vielen andern angezogenen DD. auch die Gloſſa *ad L.* 21. *C. fam. erciſc.* SICHARD. *ad L.* 14. *C. d. t.* GAIL. *L. obſ.* 116. *n.* 2. MENOCH. 3. *præſ.* 118. denen auch beypflichtet COCCEIUS *jur. controv. L.* 10. *t.* 2. *qu.* 11.

LXXIX.

LXXIX. Gout.

Ob derjenige Erbe, welcher seine Portion an jemand anders verkauffet oder sonst verhandelt hat, seines Mit-Erben Antheil hernachmals jure accrescendi bekommet, denselben vor sich behalten könne, oder seinem Abekauffer abzutreten schuldig sey?

a.) Aus der Thee-Tasse.

Resp Diese Frage ist schon in der Schnupf-Tobacks-Dose resolviret, und zwar in XXVIIten Prise im rechten Nasen-Loche, da wird sichs finden, daß der Verkäuffer die accrescirte Portion vor sich behalten mag.

b.) Aus der Coffé-Tasse.

Resp. Gar recht, in der Schnupf-Tobacks-Dose ist eben dieser Casus erörtert: man muß aber das lincke Nasen-Loch visitiren, und nicht das rechte ausschneutzen, so wird sichs anders ausweisen, daß der Verkäuffer diesen Anwuchß nicht vor sich behalten darff, sondern dem Abekäuffer seiner Portion überlassen und abtreten muß.

Claudite jam rivos, pueri, sat prata biberunt!

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Hertel, Johann Friedrich,

Politischer Nachtisch derer Thee- und Coffe-Tassen

Jena 1743

Decis. 56#Beibd.1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10396928-4
VD18 14479907-001